

MARCELLE MACHADO DE ARAÚJO MELO

R.A.: 21030392

**APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA
PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: análise doutrinária e
jurisprudencial da possibilidade de decretação de medidas
atípicas no processo penal**

BRASÍLIA

2014

MARCELLE MACHADO DE ARAÚJO MELO

**APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA
PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: análise doutrinária e
jurisprudencial da possibilidade de decretação de medidas
atípicas no processo penal**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Georges C.
Frederico M. Seigneur

BRASÍLIA

2014

MARCELLE MACHADO DE ARAÚJO MELO

**APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA
PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: análise doutrinária e
jurisprudencial da possibilidade de decretação de medidas
atípicas no processo penal**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Georges C.
Frederico M. Seigneur

Brasília, ____/____/____

Banca Examinadora

BRASÍLIA

2014

Dedico este trabalho monográfico a Deus que ilumina todos os passos da minha vida;
Aos meus amados marido, filhos e pais, pelo amor, apoio, incentivo e confiança sempre demonstrados;
Ao meu orientador pela presteza e competência expressada;
A todos que de algum modo contribuíram para minha formação acadêmica.

Agradeço primeiramente a Deus pela dádiva da vida e pela luz que sempre derrama sobre mim, dando-me inteligência, discernimento e fé para enfrentar todos os momentos difíceis.

Ao meu marido, Darley, grande incentivador dessa minha decisão em realizar nova graduação, agora em uma área que realmente me fascina e deslumbra. Obrigada pela compreensão e apoio sempre dispensados. Agradeço por tantas vezes que se mostrou pronto quando precisei de sua ajuda, especialmente cuidando de nossos filhos para que eu pudesse cumprir os compromissos acadêmicos. Agradeço pelos elogios e confiança sempre demonstrados, meu companheiro, amado, amigo, confidente.

Obrigada aos meus três filhos, Matheus, Gabriel e Nicolle, simplesmente por existirem, por me completarem plenamente. Agradeço a vocês, meus amores, pela compreensão em minhas ausências.

Aos meus pais, Eliseu e Lourdes, devo tudo que sou... Meus espelhos de vida, incentivadores, sempre prontos a me ajudarem. Como sou grata por tudo que fizeram e fazem por mim. Minha eterna gratidão.

Ao meu orientador Professor Georges Seigneur pelo desprendimento em compartilhar seu conhecimento e colaboração efetiva para a realização desse trabalho. Receba meu carinho e agradecimento.

Agradeço a todos os meus professores que de forma tão brilhante contribuíram para a minha formação.

Aos meus colegas, sempre tão alegres, carinhosos e queridos, agradeço por enriquecerem meu dia-a-dia acadêmico.

A todos que de uma forma ou de outra vivenciaram comigo esses cinco anos de curso, contribuindo para que fossem ainda mais enriquecedores, meu muito obrigada.

RESUMO

A presente pesquisa verificou se é cabível o uso do poder geral de cautela do juiz no processo penal para decretação de medidas cautelares atípicas, no Brasil, Estado Democrático de Direito. Trata-se de tema controvertido, sem consenso doutrinário ou jurisprudencial. Por isso, buscou-se elencar os posicionamentos doutrinários dos principais autores que abordam o tema, bem como analisar a jurisprudência acerca do assunto produzida pelo Superior Tribunal de Justiça, tribunal esse que possui a função principal de uniformizar os entendimentos jurisprudenciais. Observou-se que os doutrinadores analisados se dividiram de forma igualitária entre aqueles favoráveis e aqueles contrários. Quanta às decisões judiciais analisadas, verificou-se pequena prevalência dos posicionamentos favoráveis sobre os contrário. O principal argumento favorável foi o da possibilidade da decretação de medida atípica com base na combinação do artigo 3º. do Código de Processo Penal com o artigo 798 do Código de Processo Civil. Por outro lado, o principal argumento contrário foi o de que o uso do poder geral de cautela no processo penal fere o princípio da legalidade. Buscou-se analisar os principais argumentos apresentados, com o objetivo de contribuir para reflexão sobre o tema, seja de estudantes, operadores do direito ou aqueles responsáveis pela elaboração das normas brasileiras.

Palavras-chave: poder geral de cautela; processo penal; medidas cautelares atípicas; proporcionalidade.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 – HISTÓRICO DO SISTEMA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL | 9 |
| 2 – O PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 18 |
| 2.1 Processo e Estado | 18 |
| 2.2 Processo Penal no Estado Democrático de Direito | 19 |
| 2.3 Processo como forma do Estado resguardar direitos e garantias fundamentais | 22 |
| 2.4 A Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade e as medidas cautelares | 23 |
| 3 – TUTELA CAUTELAR, MEDIDAS CAUTELARES E PODER GERAL DE CAUTELA | 31 |
| 3.1 Tutela Jurisdicional Cautelar | 31 |
| 3.2 Medidas cautelares | 34 |
| 3.2.1 Medidas cautelares no Processo Penal | 35 |
| 3.2.1.1 Classificação das medidas cautelares | 35 |
| 3.2.1.2 Características das medidas cautelares | 36 |
| 3.2.1.3 Requisitos para decretação das medidas cautelares | 38 |
| 3.2.1.4 Procedimento para decretação das medidas cautelares | 39 |
| 3.2.1.5 Medidas cautelares em espécie | 41 |
| 3.3 Poder Geral de Cautela | 51 |
| 4 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL | 55 |
| 4.1 Posicionamento doutrinário | 55 |
| 4.2 Posicionamento jurisprudencial | 65 |
| 4.2.1 Posicionamento jurisprudencial favorável | 65 |
| 4.2.2 Posicionamento jurisprudencial contrário | 72 |
| CONCLUSÃO | 78 |
| REFERÊNCIAS | 80 |

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, inovado com a Lei 12.403/11, elenca um rol de medidas cautelares que poderão ser utilizadas pelos juízes em casos em que se corre o risco de comprometimento da prestação jurisdicional definitiva. No entanto, apesar da existência desse rol, surgem, cotidianamente no judiciário, situações concretas em que as medidas arroladas nos artigos 319 e 320 não são suficientes para garantir a eficácia e utilidade do processo. Assim, discute-se se no processo penal há a possibilidade do uso do poder geral de cautela do juiz para decretação de medidas cautelares atípicas.

O poder geral de cautela está expressamente previsto e autorizado no Código de Processo Civil, mas o CPP foi silente, não se posicionando a favor ou contrário ao uso do instituto na seara processual penal. Por esse motivo há margem para divergência dos entendimentos doutrinários, bem como jurisprudenciais, sobre sua aplicabilidade ou não.

Dessa forma, como um meio de contribuição para reflexão, seja dos estudantes de direito, pesquisadores, doutrinadores ou até mesmo legisladores, a presente pesquisa realiza uma sistematização de como os doutrinadores posicionam-se acerca do tema, bem como uma análise das decisões proferidas pelos Superior Tribunal de Justiça – STJ, enfrentando a matéria. O STJ foi o tribunal selecionado para a pesquisa jurisprudencial por tratar-se de tribunal unificador da jurisprudência, garantidor da segurança jurídica e da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Assim, o problema analisado pelo presente trabalho é verificar se são cabíveis no direito processual penal brasileiro, frente ao Estado Democrático de Direito, as medidas cautelares atípicas ou uninominadas, definindo se o juiz criminal é detentor ou não do poder geral de cautela.

A pesquisa tem por objetivo a análise doutrinária e jurisprudencial da possibilidade ou não da aplicação do poder geral de cautela, previsto no CPC, ao processo penal, considerando-se, especialmente, uma aplicação conforme à Constituição Federal e às leis. Analisam-se os posicionamentos doutrinários e do STJ com o intuito de se demonstrar o panorama da aplicabilidade ou não do poder geral de cautela no processo penal, bem como os pontos positivos e negativos apresentados por cada corrente.

Trata-se de momento oportuno para discussão do tema, posto que, inclusive, está em tramitação no Congresso Nacional o Novo Código de Processo Penal. Esses estudo poderá até mesmo nortear os legisladores no sentido de se positivar a autorização ou proibição do uso do poder geral de cautela pelo magistrado criminal.

Assim, a presente pesquisa inicia a abordagem do tema por um incurso histórico do sistema cautelar no processo penal. Em seguida, no capítulo 2, faz-se uma análise da relação entre o processo penal e a Constituição Federal, considerando o Brasil como um Estado Democrático de Direito, em que se prima por resguardar direitos e garantias fundamentais. No mesmo capítulo o princípio da proporcionalidade é explanado como um “superprincípio” e analisado como requisito para decretação de medidas cautelares processuais penais.

No capítulo 3, aborda-se a tutela jurisdicional cautelar, as medidas cautelares e o poder geral de cautela. No subitem das medidas cautelares, faz-se um incurso por seu conceito e passa-se ao estudo específico das medidas cautelares no processo penal, abordando uma a uma de suas espécies. Ao final desse capítulo, explora-se o tema do poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil, bem como a ausência de previsão do instituto no Processo Penal.

No último capítulo, procede-se a uma análise doutrinária do tema. São abordados diversos autores que posicionam-se de forma contrária à aplicação do instituto no processo penal e suas justificativas, bem como outros tantos que se posicionam favoravelmente, com seus fundamentos. Em seguida, realiza-se uma análise dos principais acórdãos proferidos pelo STJ em que os Ministros posicionam-se sobre a aplicabilidade ou não do poder geral de cautela do juiz no processo penal.

1 HISTÓRICO DO SISTEMA CAUTELAR NO PROCESSO PENAL

De acordo com Fernando Capez, o “Direito Processual Penal é o conjunto de normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”. Assim, a finalidade do processo penal se consubstancia na adequada solução jurisdicional do conflito de interesses entre o Estado, único titular do direito de punir, e o infrator. Para tal, é desenvolvida uma sequência de atos, desde a acusação até o julgamento da lide.¹

No entanto, antes de se instaurar o processo penal propriamente dito, pode haver uma fase de investigação criminal formalizada, geralmente, sobre a forma de Inquérito policial. Conceitua-se o inquérito policial como “conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”².

Assim, entre a instauração da investigação criminal, passando-se pelo surgimento do processo, até a obtenção de um provimento final, há o risco evidente da ocorrência de fatos que comprometam a prestação jurisdicional ou que afetem a eficácia e utilidade do processo. A demora pode tornar a prestação jurisdicional, inclusive, inócua. Surge então a necessidade de se estabelecer possíveis medidas cautelares que eliminem ou reduzam esse risco. Cautelar é espécie de prestação jurisdicional autônoma em que, segundo Cândido Rangel Dinamarco, “a proteção concedida em via jurisdicional é realizada mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”.³

Medidas cautelares, segundo ensina Ugo Rocco *in* Theodoro Júnior, “meios pelos quais, diante de uma situação perigosa, o direito processual elimina a possibilidade ou probabilidade de um dano”.⁴

A aplicação de medidas cautelares, num incursu histórico, vem se destacando tanto no processo civil quanto no penal. O fenômeno da cautelarização é comum nas diversas áreas do direito, especialmente justificado pela morosidade do

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

² Ibidem. p. 111.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol III, 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 46a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 503 e 504.

poder judiciário na prestação jurisdicional definitiva, exigindo-se, assim, a antecipação de atos processuais. Segundo Bottini,

“A ânsia social pela solução das demandas, a angústia dos Magistrados por tornar efetivas as decisões tomadas e a constatação de que a lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução dos litígios valoriza a figura da cautelar, com consequências positivas e negativas para o sistema judicial e para os jurisdicionados”.⁵

Diante disso, o Código de Processo Penal Brasileiro - CPP datado de 1941, vigente até a atualidade, teve seu texto original inspirado na legislação processual penal italiana, produzida em meados de um regime fascista. Por isso, encontram-se traços autoritários, observados inclusive na Exposição de Motivos do seu projeto, redigida pelo Ministro Francisco Campos. Assim, o CPP determinava a prisão preventiva automática do acusado, a depender exclusivamente da pena em abstrato cominada ao fato, quando do recebimento da denúncia. Portanto, tratava-se o réu, segundo Pacelli, “como se realmente culpado fosse”.⁶

O CPP quando foi criado era norteado pelo princípio da presunção de culpabilidade, diferentemente do que assevera hoje a Constituição Federal. Na redação original do CPP, ainda segundo Oliveira, se identificava as seguintes características: 1) o acusado era tratado como potencial culpado, sendo cabível a liberdade provisória apenas em crimes afiançáveis ou quando presente uma causa de justificação, atualmente denominadas excludentes de ilicitude; 2) a prevalência da tutela da segurança pública sobre a tutela da liberdade individual; e, 3) a busca da verdade real justificava práticas autoritárias e abusivas por parte das autoridades públicas, dentre outras.⁷

Assim, no CPP, na versão original, a prisão em flagrante significava presunção de culpabilidade. Ela se convertia automaticamente em prisão preventiva, sendo a liberdade provisória, ao invés de ser a prisão. Antecipava-se o juízo de culpabilidade, bem como se promovia o cumprimento antecipado da pena.

Em seguida, na década de 70, houve alterações significativas no CPP, iniciadas com a Lei no. 5.349/67, cujo foco flexibilizava as regras relativas ao direito de liberdade. Em 2008 a legislação processual penal sofreu novas e significativas

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 112 a 121.

⁶ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 14ª. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 5 a 8.

⁷ Ibidem. p. 5 a 8.

alterações, inclusive delimitando as espécies de prisões cautelares possíveis em temporária, preventiva e flagrante.

No entanto, segundo definem Bianchini, et al.,

“o sistema penal brasileiro em matéria de prisão cautelar sempre se caracterizou pela bipolaridade (ou binariedade): prisão ou liberdade. Nosso sistema carecia de medidas intermediárias, que possibilitem ao juiz evitar o encarceramento desnecessário.”⁸

Tal bipolaridade levou a uma banalização da prisão cautelar, sendo inúmeros acusados ou réus encarcerados desnecessariamente, conforme os seguintes dados: em 2012, segundo o último relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, do Ministério da Justiça, a população carcerária do Brasil era de 513.713 pessoas. Dentre esses, 38% são presos provisórios, ou seja, 195.036 indivíduos, e 62% presos condenados. Dentre os presos com condenação definitiva, há os inclusos no regime fechado, semiaberto, aberto e com imposição de medidas de segurança de internação ou tratamento ambulatorial. Considerando-se apenas aqueles submetidos ao regime fechado, há 204.123 presos com condenação definitiva. Assim, sob essa ótica, constata-se que dentre os presos em regime fechado, que totalizam 399.159, 51,1% são condenados definitivamente e 48,9% são presos provisórios.⁹

Sabe-se que dentre os cerca de 200.000 presos cautelarmente, inúmeros poderiam estar em liberdade. Entretanto, isso ocorre em função da priorização da privação de liberdade, sob alguns argumentos como garantia da ordem pública, em detrimento de outras medidas que se mostrariam eficazes. Dentro dessa realidade, havia, então, a indagação se todas essas prisões cautelares eram mesmo necessárias. Verificou-se que não e esforços foram iniciados com o objetivo de se adequar a realidade do Brasil com a criação de medidas alternativas à prisão.

A bipolaridade do sistema cautelar brasileiro, pela escassez de medidas cautelares pessoais, promovia lesões graves à liberdade de locomoção dos

⁸ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 27 a 29.

⁹ Relatório analítico do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 20/04/2014

acusados e comprometia a eficácia do processo penal. Nesse sentido, estudos de política criminal buscavam iniciativas para redução da população carcerária.¹⁰

Sem opções os magistrados acabavam por praticar abusos no emprego das prisões cautelares, o que ensejava a busca de novas alternativas de cautelaridade com o fim de se obter os mesmos efeitos esperados quando se prendia um indivíduo de forma cautelar. Sabe-se que a criação de novas medidas cautelares pessoais diversas da prisão não é a solução definitiva para o número excessivo de presos provisórios no Brasil. Faz-se necessário, segundo Lisboa e Barreiros¹¹, “a otimização na tramitação dos processos, sem atropelamento de direitos e garantias conquistadas a duras penas”.

Assim, antes da edição da Lei 12.403 de 2011, vigorava o sistema bipolar de medidas cautelares de caráter pessoal e o juiz, frente à inércia legislativa, fazia uso do poder geral de cautela, instituindo medidas atípicas, aplicando por analogia o Código de Processo Civil.¹²

Necessário se fazia também a valorização e respeito aos direitos básicos da pessoa humana, consagrados constitucionalmente. O direito tem por escopo a realização da justiça, justiça essa que o justifica. No entanto, como assevera Greco Filho, “em determinado momento histórico, pode a realidade positiva deixar de atender ao valor da justiça que deve ser concretizada pela realidade jurídica”¹³. Assim, as normas precisam ser constantemente atualizadas.

Nesse compasso, segundo Bianchini, et al., em 1996 houve uma reforma da lei processual penal “adequando e estimulando a aplicação jurisdicional de penas alternativas à privativa de liberdade, oriunda de primoroso desenvolvimento acadêmico e doutrinário nesse sentido”.¹⁴

No entanto, ainda fazia-se necessária uma lei acerca do assunto prisões e medidas cautelares que exigisse o cumprimento de princípios que regem o

¹⁰ LISBOA, Leopoldo Grecco; BARREIROS, Leonardo Valente. *Revista Escola Superior do Ministério Público*, 24/10/2012. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/52/33>. Acesso em 02/04/2014.

¹¹ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 14^a. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 5 a 8.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 71 a 82.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. O. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 34 3 ss.

¹⁴ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 15.

processo penal, dentre eles o da duração razoável da prisão cautelar e de sua tipicidade, da dignidade humana dos presos e da presunção constitucional de não culpabilidade. Essa iniciativa ocorreu no ano de 2.000 com a formação de uma Comissão de Juristas e anos depois culminou com a apresentação do Projeto de Lei da Câmara - PLC no. 111, de 2008¹⁵. Tal projeto propunha a alteração do Título IX do CPP, antes intitulado “Da prisão e da liberdade provisória”.

A Comissão, instituída pela Portaria no. 61, de 20 de janeiro de 2000¹⁶, era composta pelos seguintes juristas: Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nizardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti.

A justificativa apresentada pela Comissão no Projeto de Lei foi:

“O projeto sistematiza e atualiza o tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, com ou sem fiança. Busca, assim, superar as distorções produzidas no Código de Processo Penal com as reformas que, rompendo com a estrutura originária, desfiguraram o sistema. Exemplo significativo é o da fiança que passa, com as alterações do Código, de instituto central no regime de liberdade provisória, a só servir para poucas situações concretas, ficando superada pela liberdade provisória sem fiança do parágrafo único do artigo 310. As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com as modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal”¹⁷.

Em 2004, o projeto apresentado pela Comissão Pellegrini ganhou notoriedade e foi apontado como essencial no auxílio à concretização do 1º. Pacto por um judiciário mais Rápido e Republicano. Esse Pacto foi firmado entre os chefes dos 3 Poderes da República para racionalização da prestação jurisdicional.¹⁸

¹⁵ BRASIL. Portal Atividade Legislativa, Projetos e Matérias Legislativas – Projeto de Lei da Câmara, nº 111 de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86394> Acesso em 02 de abril de 2014.

¹⁶ BRASIL. Portal Câmara Legislativa – Portaria nº 61 de 20 de janeiro 2000. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CBEFADF727F139A399435F690CCBA38.node2?codteor=773516&filename=Tramitacao-PL+4208/2001> Acesso em 04 de abril de 2014.

¹⁷ BRASIL. Portal Atividade Legislativa, Projetos e Matérias Legislativas – Projeto de Lei da Câmara, nº 111 de 2008. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53152&tp=1>> Acesso em 04 de abril de 2014.

¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 112 a 121

Adiante, a proposta transformou-se no Projeto de Lei no. 4.208 de 2001¹⁹, de iniciativa do Poder Executivo que culminou com a edição da Lei 12.403/11. O Projeto tramitou na Comissão de Constituição e Justiça - CCJ que o aprovou em 2008 sob a coordenação do Deputado João Campos. A CCJ atualizou o projeto original, adequando-o à evolução jurisprudencial, legal e da própria sociedade desde a época da sua apresentação até a aprovação.

No Senado Federal, o coordenador do projeto foi o Senador Demóstenes Torres e a CCJ da casa aprovou o projeto com emendas no ano de 2009. No entanto, tais emendas foram depois derogadas pela Câmara dos Deputados. Assim, após 10 anos de tramitação no Congresso Nacional, houve a sanção presidencial, dada pela então Presidente Dilma Roussef, com subsequente publicação da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011.

A tramitação legislativa do Projeto de Lei referido foi apressada, pois, à época, a imprensa divulgou uma pesquisa demonstrando que em 11 Estados brasileiros o número de presos provisórios ultrapassava o número de presos definitivos.

A Lei 12.403/11 visou respeito à Supremacia da Constituição Federal e alterou o Código de Processo Penal no tocante às prisões, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares de caráter pessoal. Segundo Bianchini, et al., pode-se resumir as principais alterações trazidas pelo dispositivo legal em:

- “1-Ampliação do rol de medidas cautelares, antes centradas na prisão preventiva e na liberdade provisória. (...)
 - 2- A prisão preventiva passou a ser medida cautelar excepcional... Trata-se da prisão cautelar como *extrema ratio da ultima ratio*.
 - 3- Compatibilização das hipóteses em que um indivíduo pode ser preso com a regra constitucional do artigo 5º, LVII, CF (...).
 - 4- Encerra-se, de uma vez por todas, qualquer discussão a respeito de quais são as prisões processuais existentes no Brasil: apenas a prisão preventiva e a prisão temporária. Todas as demais estão revogadas.
 - 5- Torna obrigatória a separação de presos provisórios dos definitivamente condenados.
 - 6- Amplia a garantia de comunicação obrigatória à Defensoria Pública, caso o preso não apresente o nome de seu advogado constituído, além da família e do juiz competente.
 - 7- O juiz, ao ser comunicado do flagrante, terá três caminhos a seguir: (i) relaxar a prisão que for ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em preventiva; (iii) conceder liberdade provisória com medidas cautelares ou sem medidas cautelares.

¹⁹ BRASIL. Portal Câmara Legislativa – Projeto de Lei No. 4.208 de 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CBEFADF727F139A399435F690CCBA38.node2?codteor=773516&filename=Tramitacao-PL+4208/2001> Acesso em 04 de abril de 2014.

- 8- Altera o rol do art. 313, de cabimento da prisão preventiva, inclusive possibilitando a decretação quando de eventual descumprimento de outras medidas cautelares...
- 9- Revogou-se a hipótese de prisão do réu vadio.
- 10- Disciplina o cabimento da prisão domiciliar.
- 11- Regula o cabimento da liberdade provisória para todas as hipóteses quando ausentes os requisitos da prisão preventiva.
- 12- Eliminou-se, de vez, a prisão administrativa.
- 13- Ampliação das hipóteses de fiança, com aumento de seu valor.
- 14 – Criação de banco de dados de mandados de prisão em âmbito nacional.”²⁰

De modo geral, a Lei 12.403/11 trouxe importantes alterações, incluindo desde o rompimento da ideia de prisão cautelar como forma de justiça antecipada até a compatibilização do assunto tratado, qual seja prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares diversas da prisão, com os princípios e valores da Constituição Federal da República de 1988. A Lei promoveu mudanças no regime das medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal. Manteve-se a prisão em flagrante, a preventiva e a temporária, bem como a liberdade provisória, com ou sem fiança. No entanto, mudou a natureza da prisão em flagrante e da fiança, além de alterar as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, tornando-a medida excepcionalíssima.

Portanto, percebe-se em relação ao sistema cautelar no processo penal o rompimento da bipolaridade entre prisão preventiva ou liberdade provisória. Assim, desde a edição da Lei 12.403/11, há um rol de medidas cautelares diversas da prisão à disposição dos magistrados, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Segundo Vicente Greco Filho, as medidas cautelares diversas da prisão

“representam um avanço em relação ao sistema quase que maniqueísta anterior: ou havia a preventiva ou não havia nada. Procuraram elas estabelecer a maleabilidade de o juiz poder adaptar a situação do infrator penal à situação de fato, quando a prisão preventiva *ultima ratio* não for o caso, mantendo-o, porém, vinculado aos ônus do processo penal a que esteja submetido”.²¹

Essa superação da bipolaridade do sistema de medidas cautelares pessoais aplicáveis ao processo penal protege de forma mais efetiva o processo, bem como o acusado e a própria sociedade. Como bem define Bottini, protege

²⁰ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 16 a 18.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. O. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 478

“o processo, porque surge um novo rol de medidas de resguardo à ordem dos trabalhos. O acusado, porque a prisão cautelar, de extrema violência, será a extrema e última opção. A sociedade, porque a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo dos valores criados pela cultura da prisão”.²²

Assim, com a reforma promovida pela Lei 12.403 / 11, o CPP passou a prever no Capítulo V, artigos 319 e 320, uma série de medidas cautelares pessoais, diferentes da prisão. *In verbis*:

CAPÍTULO V DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território

²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 112 a 121

nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.”²³

Ademais, cabe ainda ressaltar, que há em tramitação no Congresso Nacional o projeto do Novo Código de Processo Penal, tendo como objetivo adequá-lo à ordem constitucional vigente, posto que o texto atual encontra-se defasado e superado. Esse Novo Código começou a tramitar no Senado quando uma comissão apresentou um anteprojeto coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido, sob a relatoria do Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira²⁴.

O anteprojeto aborda o tema da cautelaridade no Livro III, denominado “Das Medidas Cautelares”. Há uma extensão e modificação do rol de medidas cautelares pessoais diversas da prisão e da liberdade provisória. São novidades as seguintes medidas: suspensão das atividades da pessoa jurídica; suspensão para habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima.

O Projeto de Lei do Senado PLS no. 156/09, Novo Código de Processo Penal, foi aprovado com emendas pelo Senado Federal em 08 de dezembro de 2010 e atualmente tramita na Câmara dos Deputados, sob a numeração PLC 8.045/2010.

²³ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

²⁴ BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009.

2 O PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A atividade jurisdicional é privativa do Estado, sendo que no processo penal de um lado está o Estado, no exercício do *jus puniendi*, e de outro está o indivíduo, pleiteando resguardar seu direito de liberdade. Assim, as normas no processo penal devem ser interpretadas e norteadas pela Constituição Federal, frente à íntima relação entre ela e o processo penal. Por isso, faz-se imprescindível que se discuta a relação do Processo com o Estado, adentrando especificamente em como se comporta o Processo Penal no Estado Democrático de Direito.

2.1 Processo e Estado

Os institutos processuais não podem ser estanques, posto que necessitam acompanhar a evolução histórica e os valores dominantes da época. A maneira como são tratados depende do momento histórico e da verificação do que prevalece naquele momento: se o indivíduo sobre o Estado ou o Estado em face do indivíduo. Assim se dá o relacionamento entre a ideologia política do Estado e o processo.²⁵

Ensina Scarance que

“o processo penal, especialmente, por trabalhar com um bem fundamental do ser humano, a sua liberdade, reflete a concepção política dominante e o seu modo de tratar os direitos, as garantias do suspeito, do acusado e os interesses dos órgãos incumbidos da persecução penal”.²⁶

O processo, de forma geral, surgiu quando o Estado tornou defesa a justiça privada, trazendo para si a responsabilidade da aplicação do direito e estruturando o sistema de direitos e garantias individuais. Ele é instrumento de atuação da jurisdição, posto à disposição dos interessados.

Dias faz uma interessante diferenciação entre os diversos tipos de Estado e o Processo Penal. Segundo ele

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª. ed. Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo: 2010.

²⁶ Ibidem. P. 21.

“se o Estado é autoritário, o processo penal é dominado exclusivamente pelo interesse do Estado, estando a liberdade inteiramente discricionária ao julgador (...). Já no Estado Liberal, no centro do processo penal está o sujeito, dotado com seus direitos individuais. Há assim, no processo penal, uma lide de interesses entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar as medidas restritivas ou privativas de sua liberdade (...). Por fim, no Estado-de-direito-social, há um meio termo na relação entre o indivíduo e o Estado. Nele o processo penal desempenha uma função social, tratando primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome do interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o criminoso.”²⁷

A busca pelo equilíbrio entre o ideal de segurança social e a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos faz a história do processo penal oscilar entre fases de prevalência da segurança social, eficiência repressiva e fases de prevalência da proteção do acusado. Como assevera Fernandes,

“essa dicotomia é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal. Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”.²⁸

Assim, o processo penal espelha a ideologia política da nação a depender do momento histórico, na busca pelo equilíbrio entre os mecanismos punitivos do Estado e a garantia do indivíduo às armas para defender seus direitos e garantias, bem como preservar sua liberdade.

Na atualidade não há como se conceber o processo penal como mero aplicador do direito penal, pois sua tarefa é mais abrangente, consistindo também em um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, em uma garantia contra os excessos do Estado. Percebe-se um novo rumo no qual o processo penal, aliado à Constituição Federal, busca a preservação dos direitos fundamentais frente a um Estado detentor do poder de punir, viabilizando o exercício da ampla defesa dos acusados.²⁹

2.2 Processo Penal no Estado Democrático de Direito

²⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Vol 1. Coimbra, Editora Coimbra, 1974. P. 58 a 69.

²⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6a. ed. Editor Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo, 2010. P. 19.

²⁹ PASSOS, Jose Joaquim Clamon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 69.

O Estado Democrático de Direito, no qual o Brasil se intitula, é entendido, segundo ensina Oliveira, como aquele

“orientado pela necessidade de reconhecimento e afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e Processual Penal”³⁰.

O Estado Democrático de Direito institucionaliza e afirma os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, tanto o legislador como o operador do direito devem buscar o significado das normas, observando-se os princípios e regras constitucionais.

O processo penal nesse modelo de Estado é tido como um instrumento que tutela os direitos fundamentais. Nessa esteira, não há como se conceber o processo penal dissociado do constitucionalismo. Isso porque sua regulamentação está inserida no texto constitucional, inclusive, dentre direitos e garantias fundamentais, que se constituem obstáculos aos excessos do Estado contra os indivíduos.³¹

Assim, não se pode entender a relação do processo penal com o direito constitucional sem se perceber a superioridade deste em relação àquele. A visão do processo penal deve ser amplificada pelo direito constitucional, as normas devem ser interpretadas sob à luz da Constituição. O processo de constitucionalização do direito reconhece que direito e moral são fatores conciliáveis,

“pois é sob a égide da Constituição, com a primazia de seus princípios, que busca-se a decisão justa quando do processo, promovido com igualdade de armas entre as partes, apto a promoção de uma decisão justa, mais próxima possível da verdade”³².

Diante disso, surgem dois postulados de interpretação constitucional a serem observados no Estado Democrático de Direito: “o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição de excessos”. Nos Estados Constitucionais a ordenação do poder público contém garantias dos direitos individuais inclusive com o objetivo de se prevenir eventuais abusos dos órgãos desse poder, posto que, se assim

³⁰ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 14^a. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 30.

³¹ DUARTE, Hugo Garcez. O processo penal no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3792, 18 nov. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25876> . Acesso em: 16 maio 2014.

³² Ibidem.

não o fosse, o Estado seria anárquico. Esses postulados vêm no sistema de direitos fundamentais que configuram a base normativa do ordenamento brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais estão presentes na Carta Magna e se constituem como meios eficazes para a preservação dos direitos humanos.³³

A Constituição brasileira institui o Estado Democrático de Direito, trazendo como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, de forma que é em torno dela que deve estruturar-se toda a ordem jurídica nacional.³⁴ A Constituição

“tem por finalidade maior regular os poderes dos Estados, não permitindo que os direitos individuais fossem esmagados pelo governante, nem tampouco que, por falta de tutela do governo, não houvesse real proteção para os direitos fundamentais dos cidadãos.”³⁵

Observa-se que a principal função dos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal “não se limita à condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo pelo Estado, senão igualmente tutelador de agressões oriundas de particulares”. O Estado tem a função de amigo e guardião dos direitos fundamentais.³⁶

Moraes assevera que os direitos e garantias individuais e coletivos, trazidos no artigo 5º. da Constituição Federal, não podem servir como um escudo de proteção para o cometimento de práticas e atividades ilícitas, nem servir de argumento à impunidade dessas ilicitudes, sejam elas penais ou civis. Se isso ocorresse haveria evidente desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais devem ser precisamente observados pelo Estado que se denomina democrático de direito.³⁷

O Código de Processo Penal foi elaborado na era da Ditadura Vargas, atendendo as necessidades da época. No entanto, com o passar do tempo sofreu diversas alterações para acompanhar a evolução da sociedade e especialmente da Constituição Federal. Dessa forma, as leis que vêm sendo elaboradas relativamente ao processo penal visam a adequação desse ramo do direito ao Direito Constitucional.³⁸

³³ PACELLI DE OLIVEIRA, Op. Cit. p. 30.

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9a. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 38.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal; 8ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 60.

³⁶ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

³⁷ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18a. ed. São Paulo: Atlas, 2005. P. 27

³⁸ SOUZA, Op. Cit.

A análise constitucional do processo é fundamental e deve-se “ler as normas processuais à luz dos princípios e regras constitucionais”³⁹. Assim, surge o Direito Processual Constitucional que é definido como a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo”.⁴⁰

O direito constitucional brasileiro objetiva fazer cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito, sendo necessário

“captar as principais características dos direitos e garantias humanas fundamentais, aplicando-se a cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que à luz da Constituição Federal de 1988, deve necessariamente adaptar-se.”⁴¹

O processo penal cuida de direitos indisponíveis, tais como a liberdade, dignidade humana e a integridade física e moral. Por isso, a Constituição de 1988 foi bem vinda ao instituir garantias individuais e estabelecer normas que protegem os direitos fundamentais. Consta-se a íntima relação entre processo e Estado, inclusive pelo grande número de regras e princípios processuais inseridos na Carta Magna.

2.3 Processo como forma do Estado resguardar direitos e garantias fundamentais

A Constituição da República Brasileira atual destaca os direitos e garantias fundamentais. Tal consagração torna-se importante ao passo que a Carta Magna é hierarquicamente superior às demais normas legais.

Direitos Fundamentais são direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, enumerados na Constituição, e são imprescindíveis para o desenvolvimento humano. O Estado tem a obrigação de respeitá-los, bem como de garanti-los e protegê-los. Por outro lado, as garantias fundamentais são “os instrumentos colocados à disposição dos indivíduos e das instituições para fazer valer os direitos fundamentais”.⁴²

Os direitos e garantias fundamentais estão arrolados no artigo 5º. dos quais, porém, não se excluem outros que decorram do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição e pelos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. Forense Universitária. São Paulo: 1990. P. 14 e 15

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª. ed. Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo: 2010.. P. 23.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal;. 8ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 80.

⁴² Ibidem. p. 74

Além disso, ao Estado cabe garantir meios de proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, evidencia-se o processo penal como instrumento para dar efetividade ao direito material, tutelando direitos fundamentais.

2.4 A Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade e as medidas cautelares

Cada ramo do direito possui princípios próprios que podem estar expressos ou implícitos nas leis. Assim, o processo penal se edifica em torno de princípios arrolados, majoritariamente, na Constituição Federal, alguns explícitos e outros não. Os princípios constituem-se em sistema lógico e harmônico, contribuindo com a interpretação e a integração das normas processuais penais.⁴³

Especialmente no que tange o tema da presente pesquisa, mostra-se essencial a análise minuciosa do princípio da proporcionalidade. Isso porque, nenhum ato do poder público, especialmente os que implicam restrição de algum direito fundamental, pode ser arbitrário. Além disso, ao se verificar o artigo 282 do Código de Processo Penal, constata-se a obrigatoriedade de se observar, ao aplicar as medidas cautelares, tal postulado, sob a ótica da necessidade e da adequação da medida.:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.⁴⁴

Nesse sentido, a proporcionalidade se destina à proteção dos direitos fundamentais, bem como à harmonização de interesses. Seu objetivo é a verificação da idoneidade de uma medida, avaliando a adequação e necessidade da providência. Trata-se de um “superprincípio” balizador de decisões, ressurgindo como método interpretativo solucionador de impasses criados pela colisão de direitos ou princípios”.⁴⁵

Pedro Lenza afirma que o princípio da proporcionalidade,

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal;. 8ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p. 82 - 84

⁴⁴ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

⁴⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 485.

“em essência, consubstancia em pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico”.⁴⁶

Doutrinariamente, alguns identificam o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade, oriundo da garantia do devido processo legal. Outros distinguem os dois princípios. Segundo Ávila, a razoabilidade pode ter a acepção de equidade ou equivalência, sendo possível enquadrar o princípio da razoabilidade no da proporcionalidade⁴⁷. Contrário sensu, para Silva, a “regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só por sua origem, mas também pela sua estrutura”. A proporcionalidade, segundo ele, origina-se na Alemanha e a razoabilidade na jurisprudência inglesa ou norte-americana, além de que a proporcionalidade tem estrutura definida e a razoabilidade é uma análise entre meios e fins.⁴⁸

O princípio da proporcionalidade se subdivide em proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, é definida como princípio que obriga o operador do direito a alcançar o equilíbrio entre os interesses em conflito. Já em sentido estrito a proporcionalidade é entendida como princípio de garantia do indivíduo contra os abusos no exercício do poder.⁴⁹

No sentido estrito, o princípio da proporcionalidade é importante meio para se alcançar efetividade dos direitos fundamentais, especialmente o da liberdade. Na Constituição Brasileira, há divergências sobre onde se encaixa o princípio da proporcionalidade, posto que ele não está expresso. Alguns, como Mendes⁵⁰, defendem que esse princípio está englobado na garantia do devido processo legal. Outros, como Barros⁵¹, afirmam que o princípio da proporcionalidade está inserido no contexto normativo dos direitos fundamentais e seus mecanismos de proteção.

⁴⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 97.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴⁸ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. V. 798, p. 27 – 31.

⁴⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 51

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁵¹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2^a. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Define-se o princípio da proporcionalidade como uma garantia especial em que a intervenção do Estado nos direitos fundamentais só pode se dar por necessidade, de forma adequada e na medida justa. “O princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito”.⁵²

O princípio da proporcionalidade se mostra especialmente importante na situação de conflito entre valores constitucionalizados. Os doutrinadores destacam a necessidade de preenchimento de pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade para solução da colisão de valores.

Segundo Fernandes, o pressuposto do princípio da proporcionalidade, sob o ponto de vista formal, é a legalidade e sob o ponto de vista material, a justificação teleológica. A legalidade exige que a restrição a direitos fundamentais só pode ser admitida com prévia lei, imposta e interpretada de forma estrita. Já o pressuposto da justificação teleológica estipula que a limitação a direito individual só pode ocorrer se tiver como objetivo “efetivar valores relevantes do sistema constitucional”.⁵³

Por outro lado, há requisitos intrínsecos e extrínsecos que devem ser preenchidos na aplicação do princípio da proporcionalidade. Os requisitos intrínsecos que justificam e autorizam restrições a direitos fundamentais são a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, os requisitos extrínsecos são a judicialidade e a motivação, ou seja, “a necessidade de que as medidas restritivas sejam impostas por juiz e mediante decisão motivada”.⁵⁴

O primeiro requisito intrínseco, a adequação, significa que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido. É verificar se o meio utilizado está apto a produzir o fim visado.⁵⁵ Assim, a adequação deve ser verificada no caso concreto de forma objetiva, como adequação quantitativa e qualitativa, e de forma subjetiva, ligada à idoneidade do sujeito passivo. Segundo Fernandes, a adequação qualitativa é verificada quando a medida tem qualidade essencial que a faz capaz de atingir o resultado pretendido; já a quantitativa se traduz no fato de a medida ter duração e intensidade proporcional à finalidade. Por fim, a adequação subjetiva é alcançada

⁵² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

⁵³ *Ibidem*. p. 52.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 53.

⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 97.

quando “a medida é dirigida a um indivíduo sobre o qual incidam as circunstâncias exigíveis para ser atuada”.⁵⁶

O segundo requisito é o da necessidade que se traduz no fato de que a medida que restringe direitos só se legitima se for indispensável ao caso concreto caso e não puder ser substituída por outra menos gravosa. Assim, não basta a adequação do meio ao fim, mas também que a medida seja o menos restritiva possível. Deve-se, no caso concreto, buscar, entre as alternativas postas ao caso aptas a alcançar o fim, aquela menos invasiva, menos gravosa.⁵⁷

O terceiro requisito do princípio da proporcionalidade é o da proporcionalidade em sentido estrito que aponta para a obrigatoriedade de se verificar entre os valores em conflito qual deve prevalecer. Um vez necessária e adequada a medida, deve-se investigar se o ato praticado supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Assim, o valor de maior relevância deve prevalecer, evitando-se restrições desmedidas a direitos fundamentais, se comparadas com o objetivo a ser alcançado. O princípio da proporcionalidade, dessa forma, se traduz na otimização das possibilidades jurídicas, buscando-se máxima efetividade e mínima restrição.⁵⁸

Dessa forma, uma vez observados e preenchidos os pressupostos e requisitos do princípio da proporcionalidade, ele passa a garantir os indivíduos contra excessos do Estado. O princípio da proporcionalidade mostra-se relevante como parâmetro aferidor da constitucionalidade e da convencionalidade de qualquer restrição a direito fundamental.⁵⁹

No Brasil, o princípio da proporcionalidade é princípio geral do Direito, sendo válido para todas as áreas, inclusive processual penal. Em sede de processo penal, discute-se, entretanto, acerca da possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade exclusivamente em benefício do acusado. Para Fernandes,

“o princípio da proporcionalidade não visa impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio

⁵⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 53.

⁵⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97

⁵⁸ FERNANDES, Op. Cit. p. 54.

⁵⁹ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 43.

mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada”⁶⁰.

Barros sugere um roteiro com três passos para se verificar, no caso concreto, a atuação do princípio da proporcionalidade. São eles:

“1º.) constatação de que se trata de uma autêntica restrição; 2º.) verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição, e; 3º.) comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade, realizada pela resposta positiva à três perguntas – A medida restritiva é apta a atingir o fim proposto?; Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo?, e; O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende resguardar?.”

Todavia, após a apresentação das discussões doutrinárias acerca do princípio da proporcionalidade, faz-se necessário tratar especificamente da proporcionalidade exigida como requisito para aplicação de uma medida cautelar processual penal. Isso porque a Lei 12.403/11 não deixou a critério do aplicador do direito, sem direcionar a escolha e aplicação das medidas cautelares. A Lei incluiu a proporcionalidade como parâmetro para aplicação das medidas cautelares, exigindo-se os requisitos da necessidade e da adequação, mas de forma diversa da empregada pela doutrina. Exige-se ainda, mas de modo implícito, o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, que se mostra absolutamente indispensável.

O artigo 282 do CPP não menciona a proporcionalidade em sentido estrito, referindo-se apenas à necessidade e à adequação. Segundo Bonfim, “o legislador não adotou a melhor redação, na medida em que se apropriou dos requisitos do princípio da proporcionalidade (necessidade e adequação) e nada mencionou à proporcionalidade em sentido estrito”.⁶¹

O artigo em questão, no entanto, menciona necessidade e adequação em sentidos diversos daqueles que vêm sendo empregados na doutrina. Segundo análise realizado por Badaró, o artigo 282 do CPP refere-se ao critério da necessidade no mesmo sentido doutrinário que se dá à adequação, enquanto requisito da proporcionalidade: a medida cautelar será uma restrição adequada ao direito de liberdade do acusado, quando apta a assegurar a instrução, a aplicação da lei penal e,

⁶⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 54 - 55.

⁶¹ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 485.

excepcionalmente, evitar a reiteração criminal. Se esses fins não estiverem presentes a medida será considerada inadequada, não sendo necessária, segundo a Lei 12.403 / 11. Por outro lado, a lei define a adequação como sendo a escolha, dentre as várias medidas cautelares, daquela que impor menor restrição ao direito fundamental de liberdade. “Ou seja, a adequação está sendo utilizada no sentido doutrinário de “necessidade”, subsidiariedade ou de alternativa menos gravosa, enquanto máxima da proporcionalidade”. Assim, o julgador deve impor ao acusado ou investigado a medida, de acordo com o critério da adequação, que esteja de acordo com a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, buscando dentre as medidas a menos gravosa ao direito de liberdade do indivíduo.⁶²

O autor afirma ainda que a Lei 12.403/11 não se referiu à proporcionalidade em sentido estrito, deixando somente a previsão de que as medidas cautelares típicas não se aplicam à infração que não for cominada, cumulativamente ou isoladamente, com pena privativa de liberdade, conforme dispõe o artigo 283, parágrafo 1º. do CPP. No entanto,

“de qualquer forma, as medidas cautelares arroladas no CPP deverão observar a proporcionalidade em sentido estrito, não se admitindo a imposição de uma medida restritiva de liberdade mais gravosa do que a pena que se considera provavelmente aplicável”⁶³.

Ainda que não referido expressamente, o requisito da proporcionalidade em sentido estrito impõe ao juiz que ao decretar uma medida cautelar, observe-o. Ao juiz cabe o dever de escolher em cada caso o que deve prevalecer: a liberdade ou a imposição de uma medida cautelar. A proporcionalidade em sentido estrito exige a ponderação de todos os interesses em conflito. O magistrado, dessa forma, não deve se ater apenas às duas exigências expressas no texto do mencionado artigo, mas sim observar todas as decorrentes do princípio da proporcionalidade. Isso porque o princípio da proporcionalidade, em sua forma global, tem fundamento e força constitucional.⁶⁴

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado, Ano XXXI, No. 113, Páginas 71 a 82, Setembro / 2011.

⁶³ Ibidem. Páginas 71 a 82, Setembro / 2011.

⁶⁴ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 44 a 45.

Resumindo, ainda que, segundo a opinião de alguns autores, o legislador se equivocou ao definir adequação e necessidade no artigo 282 do CPP e não citou a proporcionalidade em sentido estrito, deve-se compreender que ao juiz cabe a seguinte verificação antes de se decretar determinada medida cautelar: a adequação, ou seja, a comprovação se a medida é apta a atingir o fim esperado; a necessidade, isto é, a constatação da obrigatoriedade da medida, e; a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a constatação de que “a medida não é consentânea ao mal que visa combater”.⁶⁵

Todavia, o princípio da proporcionalidade, especificamente no processo penal, tem sido utilizado de forma banalizada. Tem-se entendido que não há direitos absolutos e com isso se autoriza o não respeito às garantias constitucionais, segundo expôs o Ministro Eros Grau, em seu voto no *Habeas Corpus* no. 95.009-4 / SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O ilustre Ministro critica a banalização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e conclui que

“essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a supressão. A nos afastarmos disso, retornaremos à barbárie”.⁶⁶

Mostra-se razoável que, em sede de processo penal, a regra da proporcionalidade deve embasar-se no entendimento de Serrano, segundo o qual o princípio da proporcionalidade se assenta nos seguintes pressupostos e requisitos: pressuposto formal constituído pelo princípio da legalidade; pressuposto material pelo princípio da justificação teleológica; requisitos extrínsecos de judicialidade e motivação, e; requisitos intrínsecos da inidoneidade ou adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, faz-se mister que todas as vezes que um juiz for decretar uma medida cautelar, observe não apenas os requisitos elencados no artigo 282, mas também os parâmetros descritos acima.⁶⁷

O pressuposto formal da proporcionalidade, ou seja, a legalidade se traduz no fato de que toda medida cautelar deve ter base legal expressa. Isso porque somente a lei pode restringir um direito fundamental do indivíduo. Em sede processual

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 485 a 491.

⁶⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS No. 95.009-4 / SP, Brasília – DF, 06 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249>>

⁶⁷ , Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidade y derechos fundamental senel Processo Penal. Madrid: Colex, 1990. P. 69.

penal todo poder do juiz tem limites estabelecidos pela lei ou constituição, evitando o exercício abusivo do poder de punir. A legalidade é pressuposto da proporcionalidade e princípio fundante do devido processo legal”.⁶⁸

A justificação teleológica, por sua vez, se consolida no fato de que nenhuma medida restritiva de direitos fundamentais pode ser embasada em fins ilegítimos, que não são legais, constitucionais ou internacionalmente admitidos pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, os fins legítimos das medidas cautelares estão descritos no artigo 282, inciso I, do CPP como: para investigação ou instrução criminal, e , nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais. Esses fins devem ser demonstrados pelo juiz na decretação de medida cautelar.⁶⁹

Além dos pressupostos descritos acima, o princípio da proporcionalidade possui o requisito extrínseco de judicialização e motivação. A judicialização das medidas cautelares impõe que a decretação das medidas cautelares previstas no CPP exigem ordem judicial. A judicialização está intimamente ligada ao devido processo legal, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens ou liberdade sem o devido processo legal. Por outro lado, a decretação das medidas cautelares devem ser motivadas, como consequência da exigência constitucional da motivabilidade. Dessa forma, o juiz deve motivar sua decisão com a situação de fato que enseja a medida, a base legal e a estrita necessidade e adequação da medida.⁷⁰ Os requisitos intrínsecos, por outro lado, já foram devidamente esmiuçados nos parágrafos acima.

⁶⁸ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 46.

⁶⁹Ibidem. p. 46.

⁷⁰ Ibidem. p. 47 a 49.

3 TUTELA CAUTELAR, MEDIDAS CAUTELARES E PODER GERAL DE CAUTELA

A decisão definitiva de um processo não pode ser dada de forma imediata, assim que impetrada a ação. Isso porque a prestação jurisdicional definitiva só é possível após uma série de atos essenciais que garantem a ampla defesa e o contraditório às partes, além de propiciarem ao juiz a formação de seu convencimento acerca da matéria. Assim, entre o início do processo e seu exaurimento, há certo espaço de tempo que pode acarretar situações irremediáveis que comprometem a satisfação das partes e a prestação jurisdicional. Diante do risco do comprometimento da eficácia e da utilidade da prestação jurisdicional surgiu a tutela jurisdicional cautelar concretizada por meio da decretação de medidas cautelares, sejam elas típicas ou decorrentes do poder geral de cautela.⁷¹

3.1 Tutela Jurisdicional Cautelar

A finalização do processo em rito ordinário demanda tempo, sendo que essa dilação temporal acaba se traduzindo como uma própria garantia do processo, para que não haja resoluções das lides sem que haja dilação probatória, com base apenas em fatos alegados pelas partes. Essa garantia acrescenta segurança jurídica aos litigantes.⁷²

No entanto, esse lapso temporal pode frustrar o resultado do provimento judicial, deixando a efetividade da sentença impedida ou dificultada. Assim, não basta o propiciamento aos jurisdicionados do devido processo legal, sendo necessário a garantia da eficácia e utilidade da atividade jurisdicional.⁷³

Assim, prevendo-se que ao final de determinado processo não se encontre mais a situação jurídica existente quando da proposição da ação, tornou-se necessário que se impeça, dentro do possível e razoável, os efeitos deletérios do tempo. Isso ocorre por meio de cautelares, decretadas numa prestação jurisdicional cautelar.⁷⁴

Segundo Theodoro Júnior, o Estado precisa garantir a tutela jurídica, como detentor da jurisdição.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. P. 21 a 23.

⁷² ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P.1 a 5.

⁷³ THEODORO JÚNIOR, Op. Cit. p. 47.

⁷⁴ ORIONE NETO, Op. Cit. p. 2 e 3.

“Para a consecução do objetivo maior do processo, que é a paz social, por intermédio da manutenção do império da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe, também e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução justa da lide, sendo solução justa aquela útil e eficaz”.⁷⁵

Dessa forma, a tutela jurisdicional cautelar se conceitua como aquela prestada sem fim satisfativo, mas com a finalidade de assegurar o equilíbrio entre as partes, bem como a eficácia da prestação jurisdicional ao final do processo. Essa tutela pode ser prestada de ofício pelo juiz ou mediante provocação e se caracteriza como instrumental e provisória. A eficácia aqui assegurada se traduz como proteção ao resultado útil e proveitoso do processo.⁷⁶ Daí se deduz que a função da tutela cautelar é “assegurar o resultado útil e profícuo do processo principal”.⁷⁷

Vale ressaltar que a tutela jurisdicional cautelar possui elementos essenciais tais como, dentre outros, a urgência, o *fumus boni iuris*, a preventividade, a sumariedade formal e material, a instrumentalidade, a acessoriedade material, a provisoriedade e a revogabilidade.⁷⁸

A urgência constitui requisito necessário e indispensável à concessão da tutela cautelar, na medida em que a tutela cautelar é espécie do gênero tutela de urgência. Se concretiza no fato de que um dano iminente está para ocorrer, exigindo uma providência urgente. Na tutela cautelar a urgência deriva-se do *periculum in mora*, que retrata situação de perigo, grave e iminente, tanto para a realização do direito como para a eficácia da prestação jurisdicional definitiva. Se traduz no fato de existir fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.⁷⁹

Outro elemento é o *fumus boni iuris*, ou seja, a existência provável de um direito. Dessa forma, o juízo de probabilidade que o juiz faz para a constatação do direito aparente é suficiente para o exame do pedido de cautela. Tal juízo se resume numa verificação de probabilidade “no sentido de prever se a sentença de mérito, no processo principal, reconhecerá o direito cuja aparência se examina”.⁸⁰

⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. P. 22.

⁷⁶ ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17 a 19.

⁷⁷ Ibidem. p. 4.

⁷⁸ Ibidem. p. 57 a 76.

⁷⁹ Ibidem. p. 57 a 59.

⁸⁰ MARTINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2a. ed. Curitiba: Juruá, 2007. P. 98.

A preventividade se constitui gênero, do qual a cautelaridade é espécie. “A preventividade visa assegurar e salvaguardar o resultado útil da ação principal, evitando que a ação deletéria do tempo cause danos de difícil ou incerta reparação”.⁸¹

Por outro lado, a cognição sumária são também elementos da tutela cautelar. A sumariedade do conhecimento do juiz é suficiente às necessidades do processo acautelatório. A sumariedade formal se traduz num rito abreviado de forma a propiciar um julgamento ou decisão rápida. Já a sumariedade material funda-se num juízo de probabilidade e não num de certeza.⁸²

Ainda como elemento das tutelas cautelares tem-se a instrumentalidade ou subsidiariedade, pois a tutela cautelar é instrumentalmente atrelada à tutela definitiva. Isso porque ela se destina à proteger o resultado útil e profícuo da tutela satisfativa.⁸³

Por sua vez, a acessoriedade material é elemento essencial da tutela cautelar. A acessoriedade decorre do fato de que a tutela acautelatória tem por finalidade garantir outras formas de satisfação do direito.⁸⁴

Em seguida, tem-se a provisoriedade decorrente da cognição sumária exercida pelo julgador, fundada no juízo da probabilidade da existência do direito. “Exatamente porque se assenta sobre uma *summaria cognitio* é que a decisão expressa na cautelar assume a feição de provisória”.⁸⁵ A razão da tutela cautelar é a proteção outorgada ao processo principal e, dessa forma, uma vez extinta a relação processual, cessa a razão de existência da tutela cautelar.⁸⁶

Especificamente no processo penal, discute-se sobre a existência ou não de um processo cautelar autônomo. Para alguns autores, como Lopes Júnior, não há processo cautelar penal autônomo, sendo que o que existem são medidas cautelares que podem ser tomadas durante a investigação criminal ou no curso de um processo de conhecimento ou de execução. A tutela cautelar no processo penal é prestada de forma independente de ajuizamento de uma ação cautelar específica, por meio de medidas

⁸¹ ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59 e 60.

⁸² Ibidem. p. 60 e 61.

⁸³ Ibidem. p. 61 a 65.

⁸⁴ Ibidem. p. 70 a 71.

⁸⁵ Ibidem. p. 71.

⁸⁶ MARTINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2a. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 111 e 112.

cautelares que podem ser decretadas tanto no curso da investigação criminal como no curso de um processo penal.⁸⁷

No entanto, outra parte da doutrina, como Barros, defende ser possível o processo cautelar autônomo, citando-se como exemplos ações autônomas com conteúdo de cautelares, tais como: a ação cautelar reconhecida na Lei 11.340/2006, cuja decretação de medidas cautelares não depende da existência de uma processo, não sendo acessórias e nem se vinculando a processos principais, mas sim a direitos fundamentais do indivíduo; o *habeas corpus*, e; o mandado de segurança.⁸⁸

3.2 Medidas Cautelares

A medida cautelar, segundo Theodoro Júnior é “a providência material efetiva tomada pelo órgão jurisdicional para preservar ou garantir uma situação de fato relevante para a futura prestação jurídica definitiva”.⁸⁹

Orione Neto, cita o jurista argentino Jorge Orlando Ramirez, segundo o qual as medidas cautelares têm duplo objetivo. O primeiro é a função de defender os direitos subjetivos e o segundo é consolidar a seriedade da função jurisdicional.⁹⁰

Trata-se de medida assecuratória da eficácia e utilidade da atividade jurisdicional, protegendo-se tanto a valia da sentença como os demais elementos do processo, tais como as partes, a produção de provas e os bens. São provimentos emitidos pelo juiz para satisfação de pretensões cautelares, que se caracterizam por visarem a garantia do resultado útil do processo em curso ou a ser ajuizado.⁹¹

Theodoro Júnior afirma que a medida cautelar é sempre acessória e provisória, sendo, por vezes, preparatória de outro processo. Acessória por ela ter a finalidade de se garantir a satisfação de um direito adiante, de se garantir o resultado útil do processo, que é tido como principal. Por outro lado, as medidas cautelares são sempre provisórias, por isso durarão enquanto forem úteis e necessárias.⁹²

3.2.1 Medidas Cautelares no Processo Penal

⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Jûris, 2010. V.2.

⁸⁸ BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. P. 70.

⁹⁰ RAMIREZ, Jorge Orlando apud ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 5.

⁹¹ ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 79 a 81.

⁹² THEODORO JÚNIOR, Op. Cit. p. 70.

O processo penal precisa de instrumentos que sejam aptos a contornar os efeitos deletérios do tempo, de forma que se garanta uma prestação jurisdicional definitiva eficaz e útil. Para tal existem as medidas cautelares que são agrupadas em cautelas de natureza pessoal, patrimonial ou referentes aos meios de prova. Entre as cautelares de natureza pessoal, ou seja, aquelas que incidem sobre a liberdade de locomoção dos indivíduos, estão as prisões provisórias, as medidas cautelares diversas da prisão e a liberdade provisória tida como medida de contracautela. Entre as patrimoniais, que são as que recaem sobre bens para fins de reparação dos danos, estão a apreensão de coisas, a busca e apreensão, o arresto e o sequestro. Por fim, entre as referentes aos meios de provas, que são aquelas que visam proteger a eficácia da produção da prova, estão a produção antecipada de provas urgentes, o exame de corpo de delito, a perícia e o exame do local do crime.⁹³

Essas medidas estão distribuídas de forma assistemática pelo CPP, podendo ser encontradas em diversos títulos, tais como os relativos às provas ou à prisão. Especificamente, ao presente trabalho, interessam as medidas cautelares arroladas na Lei 12.403/2011, que alterou o CPP, em especial aquelas denominadas medidas cautelares diversas da prisão catalogadas nos artigos 319 e 320 do Código.

No Título IX do CPP estão previstas as medidas cautelares, incluindo a prisão preventiva e outras medidas alternativas dessa prisão. A prisão preventiva é uma medida cautelar encarceradora e, por outro lado, as demais medidas previstas nos artigos supracitados possuem natureza descarcerizadora, ou seja, são medidas que objetivam evitar a prisão cautelar excessiva e injusta.

3.2.1.1 Classificação das medidas cautelares

No Código de Processo Civil há a discriminação expressa de duas classificações das medidas cautelares. A primeira das classificações se subdivide em medidas cautelares típicas ou nominadas e em medidas cautelares atípicas ou inominadas. A segunda classificação divide as medidas cautelares de acordo com o momento em que são deferidas, denominando-as preparatórias ou medidas incidentes.⁹⁴

⁹³SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiojuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. P. 75 a 78.

As medidas cautelares típicas são aquelas arroladas de forma expressa na legislação. Já as medidas cautelares atípicas compreendem o poder geral de cautela admitido de forma expressa no CPC, artigo 798.⁹⁵

Por outro lado, as medidas cautelares preparatórias são aquelas que antecedem a propositura da ação principal. Já as medidas cautelares incidentes são aquelas que surgem como incidentes, no curso do processo principal. O CPP, antes do advento da Lei 12.403 / 11, previa as medidas cautelares sob a forma de medidas assecuratórias e defini-as, segundo Bonfim, como providências destinadas à garantir uma futura reparação à vítima do processo penal, assegurar o pagamento das custas processuais ou evitar que o autor viesse a locupletar dos ganhos obtidos com o crime.⁹⁶

No entanto, com a reforma trazida pela Lei 12.403 / 11, o CPP passou a prever medidas cautelares típicas, especificamente medidas cautelares pessoais, também denominadas medidas cautelares subjetivas. Tais medidas, em matéria processual penal, são restritivas da liberdade e dentre elas estão as prisões cautelares e as medidas cautelares diversas da prisão.⁹⁷

Há ainda, segundo Bianchini et al., quanto às medidas cautelares no processo penal a seguinte divisão: 1) medidas cautelares patrimoniais, como o arresto e sequestro; 2) medidas cautelares pessoais, como as prisões cautelares e medidas cautelares diversas da prisão, e; 3) medidas cautelares relacionadas à prova, como antecipação de prova testemunhal.⁹⁸ Ao presente trabalho interessam as medidas cautelares pessoais inovadas pela Lei 12.403 / 11.

3.2.1.2 Características das medidas cautelares

As medidas cautelares apresentam algumas características que as estruturam e fundamentam como institutos jurídicos. Especificamente, em matéria processual penal, as medidas cautelares são provisórias, revogáveis, substituíveis e

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. p. 75 a 78.

⁹⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 478.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 564.

⁹⁸ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 171.

excepcionais. Tais características permitem a coexistência da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade e uma eventual prisão sem sentença condenatória.⁹⁹

A provisoriedade se traduz no fato de que as medidas cautelares não podem ser definitivas. Elas devem persistir enquanto houver necessidade de sua imposição, visando assegurar a utilidade do processo, sem assumir o papel de uma pena antecipada, devendo ser temporárias, destinadas a durar um espaço de tempo delimitado. Esse tempo é delimitado pela conveniência da medida, que uma vez desaparecida, derroga a necessidade da manutenção da medida decretada.¹⁰⁰

Além disso, as medidas cautelares são revestidas pela característica da revogabilidade. Isso significa que à medida cautelar se aplica a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a medida perdurará enquanto a situação ensejadora de sua decretação persistir. Uma vez alterada a circunstância ensejadora da medida, deverá haver a sua revogação. Outra face da revogabilidade é a possibilidade da decretação da medida cautelar cabível, a qualquer tempo, no caso de sobrevierem razões que a justifiquem¹⁰¹. As duas facetas da característica da revogabilidade estão expressas no artigo 282, parágrafo 5º, 1ª. parte, do CPP, *in verbis*:

“§ 5º. O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”¹⁰²

Ademais, outra característica das medidas cautelares é a substitutividade, ou seja, as medidas podem ser substituídas a qualquer tempo, como prevê os parágrafos 5º. e 6º. do artigo 282 do CPP. Tais institutos asseveram a possibilidade da substituição de uma medida cautelar por outra ou outras, isolada ou cumulativamente. Além disso, a lei estabelece que a prisão preventiva só deve ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.¹⁰³

Por fim, a última característica das medidas cautelares é a excepcionalidade. “As medidas cautelares, por serem restritivas das garantias e liberdades consagradas constitucionalmente, devem ser consideradas excepcionais”.¹⁰⁴

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁰⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 479.

¹⁰¹ Ibidem. p. 479.

¹⁰² BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

¹⁰³ BONFIM, Op. Cit. p. 480.

¹⁰⁴ BONFIM, Op. Cit. p. 481.

A liberdade dos indivíduos é a regra na legislação pátria, estando consagrada na Constituição Federal sob a forma de direito fundamental. Assim, qualquer restrição a tal direito que se faça necessária deve ser excepcional, justificada e necessária.¹⁰⁵

3.2.1.3 Requisitos para decretação das medidas cautelares

Há, para decretação das medidas cautelares em sede processual penal, requisitos genéricos de toda tutela jurisdicional cautelar nessa seara, ou seja, *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*. Além disso, a Lei 12.403 / 11 trouxe outros requisitos específicos.

Inicialmente, as medidas cautelares só devem ser impostas se preenchidos os requisitos do *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*. O primeiro deles se traduz em um juízo de viabilidade e probabilidade da ação penal ou de condenação ao final do processo, o que se verifica pela “pertinência ou plausibilidade do direito material exposto”. Assim, devem ser verificados no caso concreto, a presença dos indícios de autoria e um lastro probatório mínimo da materialidade.¹⁰⁶

Segundo Bianchini et al., o requisito basilar para a decretação das medidas cautelares é o *fumus comissi delicti*, ou seja, “a fumaça do cometimento de um delito punível, que se exterioriza na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. Ao juiz cabe, na decisão, a demonstração desse requisito.¹⁰⁷

Por outro lado, o requisito do *periculum in libertatis*, se traduz no risco efetivo da “liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo”. Trata-se da verificação de perigo iminente caso a liberdade do investigado ou réu não seja restringida. Se esse perigo for evidentemente grave, verifica-se a necessidade da imposição da medida de prisão. No entanto, se a não restrição drástica da liberdade não for obstáculo ao desenvolvimento do inquérito ou

¹⁰⁵ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 38 e 39.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 19.

¹⁰⁷ BIANCHINI, Op. Cit. p. 33 e 34.

processo, mas que ainda assim verifica-se a necessidade de imposição de algum grau de restrição, é legítima a decretação de medida cautelar diversa da prisão.¹⁰⁸

O *periculum libertatis*, que justifica a decretação de medidas cautelares, consiste na verificação se a liberdade absoluta do agente representa risco concreto para bens jurídicos alheios. Cabe ao juiz aferir o requisito e demonstrá-lo em decisão judicial.¹⁰⁹

Ademais, a Lei 12.403 / 11 incluiu outros requisitos específicos para a decretação das medidas cautelares: a verificação da necessidade e adequação da medida, considerados subprincípios do “superprincípio” da proporcionalidade. Esse requisito está expresso no artigo 282, incisos I e II, do CPP, segundo o qual a decretação de medidas cautelares está sujeita à observação da necessidade da medida para aplicação da lei ou investigação criminal, ou ainda para evitar a prática de infrações penais, bem como à observação da adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente.¹¹⁰

Os requisitos da necessidade e adequação foram devidamente esmiuçados no tópico 2.4, sob a ótica constitucional do processo penal. Resumidamente, a decretação das medidas cautelares deve-se guiar pelo trinômio da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. A medida decretada deve ser suficiente para evitar a prática de outras infrações penais e, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação da lei penal, além de ser adequada à finalidade a que se destina. Por fim, ela deve ainda passar pela “sintonia fina” da proporcionalidade em sentido estrito, verificando-se se a medida decretada é apropriada “ao mal que visa combater”.¹¹¹

3.2.1.4 Procedimento para decretação das medidas cautelares

As medidas cautelares previstas no Título IX do CPP são abarcadas pelo princípio da jurisdicionalidade, ou seja, a decretação das medidas só pode ser realizada por intervenção judicial. Assim, somente o juiz, de ofício, a requerimento das

¹⁰⁸ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34

¹⁰⁹ Ibidem. p. 34.

¹¹⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 485 a 491.

¹¹¹ Ibidem. p. 485 a 491.

partes ou do Ministério Público ou por representação da autoridade policial, pode decretar medidas cautelares em sede processual penal.¹¹²

No entanto, alguns doutrinadores defendem que a decretação de medida cautelar *ex officio* pelo juiz só pode ocorrer na fase processual, sendo impossível na fase de investigação criminal. Isso porque, no próprio artigo 282, parágrafo 2º, do CPP, há a regra de que no curso da investigação criminal a medida só pode ser decretada por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Justifica-se tal regra, pois se assim não o fosse, o sistema acusatório adotado pelo Brasil, em que o juiz foi afastado da persecução penal, seria vulnerado.¹¹³

Por outro lado, a decretação de medida cautelar de ofício pelo juiz durante a fase processual é cabível. Isso se justifica em face dos princípios da verdade real e do livre convencimento do juiz. Assim, interpreta-se a lei processual penal conforme a Constituição que adotou o sistema acusatório.¹¹⁴

Além disso, é imprescindível que a decisão judicial que decreta uma medida cautelar tenha a devida fundamentação. Isso porque a CF, artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, bem como o CPP, artigo 315, trazem expressamente o princípio da motivabilidade. A fundamentação deve abranger a situação fática que justifica a medida, a sua base jurídica e a demonstração da sua necessidade e adequação.¹¹⁵

Em regra, as medidas cautelares devem ser decretadas pelo juiz após a intimação da parte contrária, como prevê o artigo 282, parágrafo 3º, do CPP. Isso em função da garantia dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. O contraditório exercido “ilumina a decisão do juiz na sua tarefa de promover a justiça”, abrindo para o juiz a possibilidade maior de acerto na decisão.¹¹⁶

No entanto, em caráter excepcional, a decretação da medida pode ser imposta *inaudita altera partes*. A exceção se justifica em casos de urgência ou perigo de ineficácia da medida, quando se detecta que a ciência por parte do acusado sobre a medida imposta pode frustrar e prejudicar sua execução, tornando-a inviável. Assim,

¹¹² BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 48 e 49.

¹¹³ Ibidem. p. 64 e 65.

¹¹⁴ RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica) - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/195>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

¹¹⁵ BIANCHINI, Op. Cit. p. 48 a 51.

¹¹⁶ BIANCHINI, Op. Cit. p. 72.

quando isso ocorrer, o investigado ou acusado só tomará ciência da medida após a sua decretação.¹¹⁷

No caso de decretação *inaudita altera pars*, bem como decretação *ex officio* pelo juiz, o contraditório poderá ser postergado. Assim, o réu ou investigado poderá exercer seu direito fundamental em momento posterior, configurando-se assim um contraditório diferido.¹¹⁸

3.2.1.5 Medidas cautelares em espécie

Nesse tópico serão abordadas sinteticamente as medidas cautelares pessoais em espécie arroladas no CPP. Tais medidas foram implementadas pela Lei 12.403 / 11, que reformou o referido Código, especialmente acerca do regime jurídico das Medidas Cautelares. Ao Título IX do Código coube a descrição das prisões cautelares, medidas cautelares e liberdade provisória.

Em todas as medidas cautelares previstas, observa-se certo grau de restrição da liberdade. No entanto, a referida lei inaugurou no processo penal uma forma de se dar maior efetividade à jurisdição criminal, mas também de se prevenir os excessos e abusos do Estado no exercício do poder punitivo.

A primeira delas, a prisão em flagrante, é prevista constitucionalmente no artigo 5º., inciso LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.¹¹⁹ Assim, obedecendo ao tratamento constitucional, o CPP disciplina a matéria nos artigos 301 a 310, dando-lhe formato e legitimando sua incidência.¹²⁰

Segundo ensina Nucci,

“flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de

¹¹⁷BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 496 e 497.

¹¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 567.

¹¹⁹BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal*.

¹²⁰SILVA, Amaury.SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J. H. Mizuno, 2011. P. 22 e 23.

natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal”.¹²¹

Dessa forma, observa-se que o fundamento da prisão em flagrante é poder ser verificada a ocorrência da infração penal de forma evidente e manifesta. Assim, torna-se dispensável para a decretação da prisão em flagrante uma decisão judicial. Tal dispensa encontra-se abarcada por previsão constitucional.¹²²

A Lei 12.403/11 não trouxe alterações acerca das hipóteses de cabimento da prisão em flagrante arroladas no artigo 302 do CPP. Verifica-se com a leitura do dispositivo que a prisão em flagrante tem por objetivo fazer cessar a prática delitiva ou atenuar as consequências do fato.¹²³

A prisão em flagrante pode ser efetuada por qualquer pessoa, independentemente de ordem judicial. Por esse motivo, alguns autores consideram que a prisão em flagrante não é uma medida efetivamente cautelar e sim precautelar. Depreende-se tal raciocínio do artigo 310 do CPP, verificando-se que a prisão em flagrante é uma medida precária, que deve ser ratificada pelo juiz. Além disso, o artigo 283 do CPP só menciona duas modalidades de prisão cautelar, quais sejam, prisão preventiva e temporária.¹²⁴

Tanto o ato de captura do agente quanto a lavratura do auto de prisão em flagrante constituem atos de natureza administrativa. A partir da lavratura do auto, a prisão em flagrante pode tornar-se prisão processual com a conversão, pelo juiz, do flagrante em prisão preventiva.¹²⁵

O juiz, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante, deve, em decisão fundamentada, segundo o artigo 310 do CPP: relaxar a prisão, caso ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva, caso cabível, ou; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.¹²⁶

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 533.

¹²² Ibidem. p. 533.

¹²³ SILVA, Amaury.SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 22 e 23.

¹²⁴ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 89 a 95.

¹²⁵ Ibidem. p. 89 a 95.

¹²⁶ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

A segunda medida cautelar prevista no CPP é a prisão preventiva. Trata-se de modalidade de prisão cautelar, disciplinada nos artigos 311 e seguintes do CPP, decretada por autoridade judiciária, de ofício ou atendendo a requerimento das partes, do Ministério Público ou da autoridade policial, em qualquer etapa da persecução penal, antes do trânsito em julgado de sentença penal. A Lei 12.403/11 inovou no sentido de que essa modalidade de prisão pode ser decretada ainda que não haja a instauração de inquérito policial. Vale ressaltar que a decretação *ex officio* pelo juiz, segundo corrente majoritária, só pode ocorrer na fase processual.¹²⁷

A Lei 12.403/11 trouxe também a novidade de que a vítima do crime também pode, por meio de seu assistente de acusação, requerer a prisão preventiva do suposto autor do fato.¹²⁸

A prisão preventiva é medida cautelar encarceradora que se justifica por necessidade, desde que respeitados os requisitos arrolados no artigo 312 do CPP, além dos requisitos de toda e qualquer medida cautelar, ou seja, *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Tal modalidade de prisão cautelar possui três requisitos mínimos: a prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e uma das situações arroladas no artigo 312 do CPP, quais sejam a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia da aplicação da lei penal.¹²⁹

Além disso, o artigo 313 do CPP estabelece condições de admissibilidade da prisão preventiva, *in verbis*:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser

¹²⁷ SILVA, Amaury. SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J. H. Mizuno, 2011. P. 23 e 24.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 549.

¹²⁹ Ibidem. p. 552 e 553.

colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida¹³⁰

Verifica-se, portanto, que há condições referentes à natureza da infração, quantidade de pena máximo em abstrato, condições pessoais do agente ou qualidades da vítima. Houve com o advento da Lei 12.403/11, inovações nas condições de admissibilidade da prisão preventiva. Ampliou-se o rol de cabimento para os casos de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher e outras pessoas vulneráveis, para se garantir a execução de medidas protetivas de urgência.¹³¹

A prisão preventiva é de medida de *extrema ratio*, só devendo ser decretada caso não seja cabível sua substituição por outra medida cautelar, conforme dispõe o artigo 282, parágrafo 6º. do CPP. No entanto, a realidade brasileira demonstra o encarceramento massivo de pessoas presumivelmente inocentes. Segundo dados do DEPEN, em 2012, dentre os presos em regime fechado, cerca de 49% são presos provisórios.¹³²

Não há, na nova lei, estabelecimento de prazo de duração da prisão preventiva. Diante da mudez do ordenamento, a jurisprudência tem avaliado a duração da medida de acordo com a necessidade concreta.¹³³

No artigos 317 e 318 do CPP há a previsão da prisão domiciliar que é uma medida cautelar inédita no ordenamento processual penal brasileiro, trazida pela Lei 12.403 / 11. Havia a previsão legal da prisão domiciliar na Lei de Execuções Penais, como substitutiva do regime aberto.¹³⁴

A medida cautelar de prisão domiciliar é hipótese de cumprimento de prisão preventiva em domicílio, fora do sistema prisional fechado. O cabimento da medida está previsto no artigo 318 do CPP, *in verbis*:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

¹³⁰ BRASIL. Código de Processo Penal.

¹³¹ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 150.

¹³² Relatório analítico do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 20/04/2014

¹³³ BIANCHINI, Op. Cit. p. 143 a 145.

¹³⁴ BIANCHINI, Op. Cit. p. 165.

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.¹³⁵

Verifica-se que além das hipóteses previstas nos incisos I a IV do artigo 318, há, no parágrafo único, a exigência de prova idônea de qualquer dessas situações. O ônus dessa comprovação cabe ao preso que se enquadra em uma das situações de cabimento da prisão domiciliar.

Alguns autores defendem que o rol das hipóteses de prisão domiciliar é taxativo. Segundo Nucci, “o juiz somente deve autorizar a transferência ou recolhimento do agente, quando decretada a prisão preventiva, para sua residência nesses casos extremos. Nenhuma outra hipótese pode ser admitida”.¹³⁶ No entanto, outros, como Bianchini et al., defendem que embora o rol seja taxativo, se não existir estabelecimento adequado para a prisão preventiva, o juiz pode aplicar a prisão domiciliar em sua substituição, mesmo que o preso não encontre em uma das situações elencadas no rol do artigo 318 do CPP, até que surja uma vaga adequada.¹³⁷

Em seguida, o CPP trata das cautelares diversas da prisão, denominadas medidas descarcerizadoras. Essas medidas inauguraram no processo penal uma nova mentalidade em que se contempla nos artigos 319 e 320 a prevalência da liberdade, deixando-se a prisão como exceção. Assim, somente quando fundada na absoluta necessidade é que se justifica uma prisão cautelar.

No inciso I do artigo 319 há a previsão do comparecimento em juízo para informar as atividades está previsto no inciso I do artigo 319 do CPP e não é novidade no ordenamento jurídico. Antes do advento da Lei 12.403/11, o comparecimento já era previsto como condição do *sursis* especial e como uma das condições da suspensão do processo. A inovação é que, desde então, a obrigatoriedade do comparecimento em juízo passou a ser também uma medida cautelar.¹³⁸

A finalidade da medida é “vincular o acusado ao processo, evitando que ele empreenda fuga do distrito da culpa ou frustre o andamento do processo”,

¹³⁵ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

¹³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 569.

¹³⁷ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 143 a 145.

¹³⁸ SILVA, Amaury. SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. P. 58 e 59.

evitando-se transtornos à coletividade, à vítima e ao processo. Além disso, serve para que o acusado demonstre que está exercendo atividade lícita.¹³⁹

Na decisão fundamentada em que o juiz decreta a medida deve estar estabelecido o prazo de vigência e a periodicidade em que o comparecimento deve ser realizado. Segundo alguns autores é recomendável que esse comparecimento seja mensal, salvo situações em que haja dificuldades comprovadas de comparecimento ou outras restrições. No comparecimento, deverá o agente submetido à medida, informar e justificar suas atividades, seu endereço e outras descrições, como viagens.¹⁴⁰

O inciso II do artigo 319 do CPP prevê a medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, *in verbis*:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.”¹⁴¹

Dessa forma, a medida só pode ser decretada com a finalidade específica de se evitar novas infrações. Assim, a medida deverá se impor em virtude de risco ou perigo à vítima do caso em concreto ou da possibilidade de cometimento de novo crime.

Alguns autores defendem que tal medida tem caráter preventivo ou profilático. Isso porque a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares tem por objetivo evitar que a frequência do réu ou investigado a determinados lugares possa criar condições favoráveis à prática de novos delitos. Para os que defendem tratar-se de medida preventiva é discutível se a referida medida tem natureza cautelar. Isso porque não se identifica no objetivo da decretação da medida tutela do processo ou de seu objeto.¹⁴²

Adiante, no inciso III do artigo 319 o CPP arrola a medida cautelar de proibição de manter contato com determinada pessoa está prevista no inciso III do artigo 319, do CPP:

¹³⁹ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 182 e 183.

¹⁴⁰ SILVA, Op. Cit. p. 58 e 59.

¹⁴¹ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 131 e 132.

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;”¹⁴³

Tal medida geralmente é decretada quando após o fato delituoso, o agente se volta contra a vítima, testemunhas ou coautores. O escopo da medida é impedir a obstrução das investigações ou do processo, bem como proteger as pessoas elencadas de novas ações delituosas do agente submetido à medida.¹⁴⁴

No inciso IV do artigo 319 do CPP há a previsão da medida de proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução. Essa medida cautelar está ligada à necessidade de que o investigado ou acusado esteja disponível e em local sabido caso seja chamado ao processo ou investigação criminal. Assim, proíbe-se o agente de sair da Comarca para outro lugar.¹⁴⁵

A proibição só é cabível se houver necessidade para a investigação ou instrução criminal, segundo a Lei 12.403/11. No entanto, segundo análise de Bianchini et al., o legislador deveria ter previsto essa medida para a garantia da aplicação da lei penal, posto que, em regra, a saída do agente da Comarca tem por objetivo a fuga. Não tem sentido, segundo o autor, “proibir o indiciado ou acusado de sair da comarca durante o longo tempo que tramita o inquérito e processo apenas para que ele compareça a determinados atos processuais”.¹⁴⁶

Por outro lado, a medida prevista no inciso V do artigo 319 do CPP é o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos. A medida tem por fim garantir a aplicação da lei penal ou para garantir a ordem pública, quando as evidências demonstrarem que os crimes da natureza do caso em concreto são praticados a noite e nos horários de descanso da população.¹⁴⁷

A decretação da medida exige dois requisitos: o destinatário da medida deve ter residência e trabalhos fixos, conforme assevera o dispositivo no CPP. A

¹⁴³ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*

¹⁴⁴ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 183.

¹⁴⁵ SILVA, Amaury.SANTOS, Felipe Miranda dos. *Liberdade provisória e outras medidas cautelares*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. P. 62 e 63.

¹⁴⁶ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 183 e 184.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 184.

residência e o trabalho devem ser conhecidos e acessíveis. Ademais, a medida do recolhimento domiciliar consiste na permanência do réu ou investigado em sua residência no período das 18 às 6 horas do dia seguinte e nos dias em que estiver de folga, durante todo o período.¹⁴⁸

No inciso VI está prevista a medida de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo de sua utilização para a prática de infrações penais. Essa medida cautelar tem por objetivo a garantia da ordem pública ou econômica, somente sendo possível sua decretação para se evitar novas infrações penais. Daí, alguns autores, como Lopes Junior, defendem que tal medida não tutela o processo ou seu objeto, mas sim antecipa uma pena.¹⁴⁹

Ressalta-se que como nas demais medidas cautelares, a legislação foi omissa, não estabelecendo prazo de duração das mesmas. No entanto, essa medida culminada por prazo indeterminado pode acarretar a falência financeira de pessoas ou empresas, configurando-se verdadeira antecipação da pena. Por isso, diversos autores afirmam ser a medida mais gravosa dentre aquelas cautelares diversas da prisão.¹⁵⁰

Além disso, a lei também foi silente sobre a suspensão ou não dos vencimentos daquele que for suspenso do exercício de função pública. No entanto, aplicando-se por analogia o artigo 147 da Lei 8.112/90¹⁵¹, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, conclui-se que os vencimentos do indivíduo submetido a tal medida devem ser suspensos.¹⁵²

A internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração é a medida arrolada no inciso VII do artigo 319 do CPP. Trata-se de medida inovadora sem similar no modelo atual, somente podendo

¹⁴⁸SILVA, Amaury.SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 63.

¹⁴⁹LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 135 e 136.

¹⁵⁰Ibidem. p. 135 e 136.

¹⁵¹BRASIL. Presidência da República. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Consultado em 31 de julho de 2014.

¹⁵²BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 184 e 185.

ser decretada contra agentes que cometeram crimes com violência ou grave ameaça contra pessoa. Além disso, tal medida é cabível apenas aos imputáveis ou semi-imputáveis. Ademais, afora os dois requisitos, a medida somente pode ser aplicada se houver risco de reiteração. No entanto, a demonstração desse risco nos casos concretos possuem certa carga de subjetividade, não sendo fácil afirmar categoricamente a probabilidade de reiteração criminal do agente.¹⁵³

Ainda sobre o requisito da reiteração, Lopes Junior afirma que a aplicação da medida de internação provisória “pode representar um retrocesso, pois significa a aplicação de medida de segurança cautelar, fundada na periculosidade do agente”. Esse requisito representa um retorno a um reducionismo sociobiológico.¹⁵⁴

O inciso seguinte assevera a medida de fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

Antes do advento da Lei 12.403/11, no sistema bipolar em que vigoravam as possibilidades de prisão cautelar ou liberdade provisória, a fiança era a única medida cautelar substitutiva da prisão. No entanto, segundo dispunha o artigo 310 do CPP, caso a prisão em flagrante não pudesse ser convertida em preventiva, o juiz deveria conceder liberdade provisória. Com isso, os doutrinadores defendiam que a fiança não tinha aplicabilidade, posto que “havendo motivos para a prisão preventiva, não era cabível fiança; não havendo motivos para a prisão preventiva, deveria o juiz conceder liberdade provisória sem fiança”.¹⁵⁵

Diante disso, a Lei 12.403/11 inovou, reestabelecendo a importância da fiança. De acordo com a nova lei, a fiança pode ser decretada ainda que ausentes os requisitos da prisão preventiva, como medida cautelar diversa da prisão. Assim, segundo o artigo 321 do CPP, quando inexistentes os requisitos da prisão preventiva, o

¹⁵³ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 185 e 186

¹⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 137 e 138.

¹⁵⁵ BIANCHINI, Op. Cit. p. 194.

juiz deve conceder liberdade provisória com ou sem a decretação de alguma outra medida cautelar, inclusive a fiança.¹⁵⁶

A medida cautelar da fiança está disciplinada nos artigos 322 e seguintes. Ela pode ser aplicada para assegurar o comparecimento a atos do processo, frustrar a oclusão do andamento processual e em caso de resistência injustificada à ordem judícia, conforme assevera o inciso VIII do artigo 319 do CPP.¹⁵⁷

Por fim, a última medida prevista no artigo 319 é a monitoração eletrônica. Anteriormente à Lei 12.403 / 11, o monitoramento eletrônico só era cabível na fase de execução da pena. Com o advento da nova lei, foi incluído dentre o rol medidas cautelares típicas, podendo ser aplicadas em fase processual ou de investigação. No entanto, a constitucionalidade da medida vem sendo discutida, pois, segundo parte da doutrina, sua instituição viola o princípio da dignidade humana, por expor, de forma vexatória, o réu ou investigado.

Por outro lado, alguns autores entendem que o monitoramento não é inconstitucional. Para Bonfim, os direitos fundamentais não são absolutos, por vezes, cedendo quando em conflito com outro direito, aplicando-se o princípio da proporcionalidade¹⁵⁸. Para Bianchini et al., apesar de ser uma medida vexatória, nada pode ser mais humilhante do que a prisão do indivíduo. Assim, segundo esse, a medida cautelar do monitoramento eletrônico deverá ser usada apenas quando não for suficiente a decretação de outra medida cautelar diversa da prisão. Conforme Bianchini et al.,

“a situação atual do sistema de Justiça Criminal nos impõem um raciocínio pragmático: enquanto o sistema prisional continuar essa vergonha nacional, a monitoração eletrônica poderá, em muitos casos concretos evitar uma indevida prisão preventiva”.¹⁵⁹

A última medida cautelar diversa da prisão com previsão no CPP é a proibição de ausentar-se do país, prevista no artigo 320. Era uma medida usualmente

¹⁵⁶ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 194 e 195.

¹⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.p. 159 a 163.

¹⁵⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 502 e 503.

¹⁵⁹ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 187 a 189.

aplicada pelos juízes criminais, com base no poder geral de cautela. Daí, os legisladores enxergaram a necessidade de elencá-la dentre as medidas cautelares típicas.¹⁶⁰

Assim, a medida é cabível, segundo a jurisprudência majoritária, somente quando há risco concreto de fuga do réu ou investigado, não podendo ser decretada por mera suposição de que o réu fugirá. O STJ, em vários julgados, afirma não ser possível a aplicação da medida sem demonstração do risco concreto de fuga. Por exemplo, no julgamento do HC 103.394 / RN, *in verbis*:

“A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente.”¹⁶¹

Assim, a medida de retenção de passaporte continua aplicável. No entanto, exige a demonstração do risco efetivo de fuga do réu ou investigado.

3.3 Poder Geral de Cautela

Os legisladores, baseando-se nos casos concretos apreciados pelo judiciário e nas experiências da vida, definem em leis as medidas cautelares, denominadas medidas típicas. No entanto, a função cautelar não se restringe às medidas típicas, pois a lei precisa assegurar a eficácia e utilidade do processo, bem como afastar o perigo de lesão à direito. Assim, faz-se necessária a previsão legal de que ao juiz cabe o poder de determinar medidas cautelares que não estejam arroladas em lei. A esse poder dá-se, doutrinariamente, o nome de poder geral de cautela.¹⁶²

Os procedimentos processuais são previstos, de forma geral, nas leis de processo. No entanto, com frequência, ocorrem situações concretas ameaçadoras da atividade jurisdicional em que faz-se necessária a proteção acautelatória.¹⁶³ Essa proteção pode ser eficaz por meio de medidas típicas ou por meio de medidas que não

¹⁶⁰ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 190 a 191.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus no. 103.394 / RN. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+103.394&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Consultado em: 04/08/2014.

¹⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 46a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 517.

¹⁶³ MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. P. 202 a 204.

estão expressas, surgindo assim o poder geral de cautela, consagrado no artigo 798 do Código de Processo Civil – CPC, *in verbis*:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”¹⁶⁴

Esse poder, como conceitua Orinone Neto, está denominado na doutrina e jurisprudência como *inominado* ou *atípico*. Trata-se do poder que o magistrado possui para decretar medidas cautelares que não estão expressamente arroladas nos institutos legais, desde que presentes os requisitos gerais de toda e qualquer medida cautelar: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.¹⁶⁵

Segundo Theodoro Junior, o poder geral de cautela revela-se como adequado e o rol legal de medidas cautelares enumeradas na legislação é exemplificativo. Assim, à medida que surgem os casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário, pode o juiz determinar a medida que julgar mais adequada, mesmo que não arrolada em lei. Isso se justifica, pois surgem, no cotidiano do judiciário, casos em que as medidas cautelares nominadas não são adequadas, suficientes ou proporcionais.¹⁶⁶

Lopes Junior, cita Calamandrei, que reconhece a legitimidade do poder geral de cautela no processo civil confiado aos juízes. Assim, em sede processual civil, os magistrados podem se valer de amplo poder, inclusive para decretar medidas cautelares atípicas.¹⁶⁷

Para Orione Neto, o poder geral de cautela não é um poder discricionário e absoluto do magistrado. Trata-se de um poder amplo, mas limitado por “certas condutas e vedações” descritas na doutrina e que guiam as ações dos juízes. São elas, por exemplo: a) a necessidade da medida; b) impossibilidade de deferimento de medidas satisfativas; c) não poder o juiz conceder medida que exceda ou seja de outra natureza do “bem da vida” objeto da lide; d) o fato de a medida cautelar *inominada* só se justificar se uma cautelar nominada não for adequada e suficiente, e; e) o poder geral

¹⁶⁴ BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil*.

¹⁶⁵ ORIONE NETO, Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 134.

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008. p. 95 a 114..

¹⁶⁷ CALAMANDREI, Piero apud LOPES JUNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 16.

de cautela está sujeito às condições gerais da ação cautelar. Para o autor, o poder geral de cautela dado ao juiz trata-se de um dever e não uma faculdade, pois uma vez presentes os requisitos, a medida deve ser decretada.¹⁶⁸

Na mesma linha, Marins afirma que “não se trata apenas de um exercício de um poder, mas, sobretudo, de um dever”. Isso porque o juiz tem o dever de garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Por isso, uma vez preenchidos os requisitos, o magistrado deve determinar uma medida cautelar, ainda que atípica.¹⁶⁹

Para Theodoro Junior, o poder geral de cautela não é ilimitado. É sim amplo e não restrito a casos predeterminados, mas é limitado por, além dos requisitos do *fumus boni iuris periculum in mora*, também pelos requisitos da necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e adequação da medida.¹⁷⁰

Marins faz uma análise do instituto, comparando-o nas diversas legislações processuais modernas no mundo. Segundo ele, a ordenação processual alemã, por exemplo, prevê o instituto a ser aplicável em casos em que a efetividade do processo encontra-se em perigo ou para se evitar prejuízos graves ou a ameaça de atos de força. Na Itália, há previsão análoga à alemã, afirmando-se que “o campo de adaptação do provimento de urgência é aparentemente indeterminado à previsão legal”. Em Portugal, a legislação prevê o instituto sobre a denominação de providências cautelares não especificadas, em artigo bastante semelhante ao artigo 798 do CPC brasileiro. No direito francês, não há previsão do poder geral de cautela, mas há formas especiais de se proteger situações emergenciais. Por fim, no direito norte-americano o autor verifica que o poder geral de cautela é exercido por meio do “Contemp of Court”, tratando-se de providência aplicável a situações de urgência em geral, tanto na esfera processual como material penal.¹⁷¹

Marins cita Fritz Baur, professor da Universidade Alemã de Tubingen, que pesquisou as causas do fenômeno da cautelaridade. O professor aglomerou as causas em quatro grupos distintos. O primeiro denominado como condicionado pela civilização, em que uma lesão judicial é, atualmente, mais violenta do que em tempos passados. O segundo é o grupo da combinação de fatos psicológicos, como a falta de senso comum, não respeito às regras do “jogo limpo” de um lado e a crença na

¹⁶⁸ ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 135 a 141.

¹⁶⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. P. 204.

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Op. Cit. p. 521 a 523.

¹⁷¹ MARINS, Op. Cit. p. 196 a 202.

autoridade, do outro. Além desses, no terceiro grupo, denominado necessidade de proteção social, estão agrupadas as causas relativas à necessidade de tratamentos iguais às partes do processo, compensando, de forma transitória, a fragilidade de um polo em relação ao outro. Por fim, o quarto grupo é aquele causado pelas deficiências do processo ordinário, especialmente o longo tempo para a tutela definitiva.¹⁷²

Assim, diante das inúmeras causas, seria impossível que a legislação abarcasse de forma expressa, todas as possibilidades em que se faz necessária a tutela cautelar. Daí, a necessidade incontestada da consagração do poder geral de cautela no CPC.

De toda forma, mesmo sendo consagrado de forma expressa no CPC, não há no CPP previsão explícita do poder geral de cautela do magistrado no processo penal. Assim, resta dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do instituto nessa seara.

¹⁷²MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 207 e 208.

4 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal, diferentemente do de Processo Civil, foi omissivo em relação ao poder geral de cautela em matéria processual penal. O que há, de fato, é a previsão de medidas cautelares típicas, sem referir-se à possibilidade do uso do poder geral de cautela do juiz criminal. Nessa seara, há divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais acerca de sua aplicabilidade ou não.

4.1 Posicionamento doutrinário

Parte da doutrina posiciona-se de forma contrária à aplicabilidade do poder geral de cautela no processo penal. Bianchini et al., elaboraram um livro acerca da prisão e medidas cautelares, com comentários à Lei 12.403 / 11, em que se posicionam dessa forma. Segundo eles, o poder geral de cautela do juiz no processo penal esbarra no princípio da legalidade, consagrado tanto constitucionalmente como em Tratados Internacionais. Bianchini et al. Defendem que

“toda medida cautelar, incluindo-se a prisão, deve, em primeiro lugar, ter base legal expressa, porque nenhuma coação no processo penal pode ser admitida sem explícita previsão em lei (*nulla coatio sine lege*)”.¹⁷³

Assim, qualquer restrição a direito fundamental do indivíduo só pode ocorrer com previsão legal. Essa lei deve ser uma lei emanada pelo Poder Legislativo e deve regulamentar as condições de aplicação da restrição, bem como o conteúdo da mesma. Para esses autores, “a lei deve ser certa, precisa e taxativa”.¹⁷⁴

Esses autores afirmam que no processo penal não existe o poder geral de cautela do juiz. Segundo eles, todas as medidas cautelares em matéria processual penal são típicas, não se admitindo a decretação de medidas atípicas. Continuam, afirmando que essa proibição, se comparada ao processo civil, se justifica, pois “o nível

¹⁷³ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 45.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 45 e 47.

de intervenção do poder público nos direitos fundamentais do indivíduo é muito mais contundente no processo penal que no civil”.¹⁷⁵

Descrevem ainda que no processo civil o juiz pode tomar as medidas cautelares necessárias, ainda que não previstas tipicamente na lei, para se evitar um dano. Mas, no processo penal o juiz não pode lançar mão de medidas inominadas, sob pena de violação ao princípio da legalidade, que prevê que a forma no processo penal é uma garantia.¹⁷⁶

A forma, continuam os autores, é limitação ao poder do juiz, bem como limitação de poder abusivo ou arbitrário do Estado, único detentor do *jus puniendi*. “O exercício da jurisdição, no âmbito criminal, deve seguir rigorosamente o devido processo legal, ou seja, as formas cunhadas pela lei, pela Constituição e pelos tratados internacionais”. A forma legal constituída se consubstancia tanto em limite do poder como em garantia para o investigado ou réu.¹⁷⁷

Concluem os autores que em um Estado Democrático de Direito, não se admite restrição de direitos fundamentais mediante analogia ou em decorrência do poder geral de cautela. O poder do juiz criminal está limitado ao que a lei o autoriza fazer, sendo dessa forma, legitimado e justificado. Para Bianchini et al., a adoção de medidas cautelares atípicas em matéria processual penal “constituiabuso patente do poder de punir do Estado”.¹⁷⁸

Bonfim, também posiciona-se contrariamente à aplicação do poder geral de cautela do juiz em matéria processual penal. Justifica o autor que as medidas cautelares, por serem restritivas das garantias e liberdades consagradas na Constituição Federal, revestem-se da característica da excepcionalidade. Se assim não fosse, a decretação de medida cautelar seria regra e conseqüentemente uma antecipação da pena, com flagrante violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Assim, conclui o autor que

“como decorrência da excepcionalidade as medidas devem estar taxativamente previstas em lei, não se aplicando no âmbito processual

¹⁷⁵ BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45 e 47.

¹⁷⁶ Ibidem p. 45 e 47.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 45 e 47.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 45 e 47.

penal a possibilidade de concessão de medidas cautelares inominadas, tal como frequentemente se vê na seara cível”.¹⁷⁹

Também posicionando-se de forma contrária ao poder geral de cautela do juiz no processo penal, Lopes Junior afirma que antes do advento da Lei 12.403/11, devido à escassez de opções que o juiz enfrentava no tocante às medidas cautelares processuais penais, que se resumia entre decretação da prisão preventiva ou liberdade provisória, existiam diversas decisões que impunham medidas atípicas aos imputados. Com frequência eram determinadas a entrega de passaporte, proibição de frequentar determinados locais, dever de informar viagens e outras. Essas medidas eram decretadas invocando-se o poder geral de cautela do juiz, previsto no CPC, aplicando-o por analogia ao processo penal.¹⁸⁰

Continua o autor afirmando que apesar da existência das referidas decisões ele já se posicionava contrariamente ao uso do poder geral de cautela do juiz no processo penal. Segundo ele, as medidas cautelares atípicas não poderiam ser aplicadas “por absoluta falta de previsão legal”. No processo penal, “não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia.” Para o autor, todo poder do juiz está limitado pela lei e pela forma legal. “O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo”. Nesse sentido, o princípio da legalidade no processo penal deve ser respeitado de forma absoluta, posto que o devido processo legal estrutura-se a partir de tal princípio e emana daí seu poder.¹⁸¹

Ainda segundo Lopes Junior, a forma processual limita o poder do juiz e garante ao réu o não abuso de poder. Assim, como todas as medidas cautelares implicam em restrições de direitos fundamentais, exige-se estrita observância à forma do ato processual, bem como ao princípio da legalidade. Não há, segundo o autor,

“a menor possibilidade de tolerar-se restrições de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais poderes gerais de cautela”.¹⁸²

¹⁷⁹BONFIM, Edilson Mougnot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 480 e 481.

¹⁸⁰LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 16.

¹⁸¹Ibidem. p. 16 e 17.

¹⁸²Ibidem. p. 17.

Além disso, Lopes Junior afirma que a Lei 12.403/11 reformou todo o sistema de medidas cautelares no processo penal e não referiu-se ao poder geral de cautela e/ ou à medidas cautelares atípicas, limitando-se a ampliar o rol de medidas cautelares. Assim, não contemplou o livre-arbítrio do juiz para decretar medidas cautelares inominadas. “A lei instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz poderá dispor de um leque de medidas substitutivas da prisão cautelar”.¹⁸³

Conclui o doutrinador que o rol apresentado nos artigos 319 e 320 do CPP é taxativo, respeitando-se a estrita legalidade. Para ele, qualquer imposição de medida cautelar inominada é ilegal.¹⁸⁴

Ainda no sentido da impossibilidade do uso do poder geral de cautela no processo penal, Badaró escreveu um artigo, posicionando-se. O autor afirma que antes da edição da Lei 12.403 / 11, época em que se vigorava o sistema bipolar de medidas cautelares de caráter pessoal, frente à inércia legislativa, aceitava-se a possibilidade de o juiz penal aplicar por analogia, como prevê o artigo 3º. do CPP, o poder geral de cautela previsto no CPC. Dessa forma, o juiz poderia decretar medidas cautelares atípicas, especialmente argumentando-se que tais medidas eram sempre *in bona parte*, ou seja, para beneficiar o acusado, não decretando-se a custódia cautelar.¹⁸⁵

Continua o autor afirmando que na atualidade, há um rol de medidas intermediárias entre a prisão cautelar e a liberdade provisória, indagando se isso põe fim à discussão sobre a possibilidade de utilização do poder geral de cautela no processo penal. Discorre o autor que, em sua opinião, a resposta mais simplista seria que sim. Mas, em seguida afirma ser necessária uma análise mais atenta, pois pode-se argumentar que mesmo com o rol mais extenso, sempre poderão surgir novas necessidades de outras medidas alternativas. Nesse sentido, demonstra o autor uma comparação entre o rol de medidas elencados na Lei 12.403/11 e o Projeto de Lei no. 156/2009, projeto do novo CPP, em que se evidencia a ampliação do rol nesse último.¹⁸⁶

Badaró, assevera que não há discussão quanto à proibição do uso do poder geral de cautela para decretação de medidas mais gravosas do que as prisões

¹⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17

¹⁸⁴ Ibidem. p. 18 e 19.

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 71 a 82.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 71 a 82.

cautelares. No entanto, no tocante à medidas mais benéficas, o autor continua posicionando-se de forma contrária ao poder geral de cautela. Segundo ele, a adoção de medidas atípicas encontra barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade, por não estarem previstas em lei. As medidas cautelares atípicas são sempre restritivas de direitos fundamentais e não há como restringi-los senão por meio de lei, mesmo que seja em nome de uma máxima eficiência estatal. Para ele “ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima”.¹⁸⁷

O autor expõe que a proporcionalidade da medida não poder ser usada para justificar a supressão ou mitigação das garantias individuais em favor da supremacia do interesse público na eficácia da repressão, bem como não pode ser utilizada desrespeitando-se o princípio da legalidade. Segundo ele, apesar do CPP, mesmo com a reforma pela Lei 12.403/11, não ter estabelecido um princípio da legalidade específico às medidas cautelares, a CF, ao tratar do direito de liberdade, garantiu o devido processo legal, e o CPP deve ser lido à luz da Carta Magna. O autor cita ainda a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, que em seu artigo 7º. assegura o direito à liberdade. Assim, Badaró afirma que, considerando que

“as normas do CADH, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm status supra legal, o artigo 7.2 da CADH deve prevalecer sobre o artigo 3º. do CPP que permite a analogia, e sobre o artigo 798 do CPC, que prevê o poder geral de cautela”.¹⁸⁸

Resume o autor que as medidas cautelares que afetem a liberdade pessoal do acusado deve ter caráter excepcional, pois elas limitam os princípios da presunção de inocência, da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade, princípios esses indispensáveis em uma sociedade democrática. Assim, se as medidas típicas se mostrarem insuficientes ao caso concreto, se estiverem desatualizadas, o rol deve ser ampliado por lei e não por criação jurisprudencial. Para ele, a lei é o limite e a garantia quando se fala em privação ou restrição de liberdade, não sendo possível a aplicação do poder geral de cautela no processo penal.¹⁸⁹

¹⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 71 a 82.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 71 a 82.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 71 a 82.

Da mesma forma, Tucci, Delmanto Junior et al. adotam posicionamento refutando a possibilidade de utilização do poder geral de cautela no processo penal. Segundo eles, a impossibilidade se dá em função da previsão constitucional de que toda restrição de liberdade há que estar prevista em lei. Assim, segundo o artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, combinado com o inciso XV do mesmo artigo, que assegura a liberdade de locomoção, todo ato do judiciário que imponha limitações à liberdade, inclusive a decretação de medidas cautelares inominadas, deve estar fundado na lei.¹⁹⁰

Por outro lado, alguns doutrinadores adotam posição favorável ao uso do poder geral de cautela do juiz no processo penal, abrindo a possibilidade da decretação de medidas cautelares atípicas. Segundo Lima o poder geral de cautela pode ser usado pelo juiz no processo penal para decretação de medidas cautelares inominadas, desde que essas medidas não sejam prisionais. Lima defende que o poder geral de cautela possui previsão legal na lei processual civil e o Código de Processo Penal admite a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito.¹⁹¹ Isso de acordo com o artigo 3º. do CPP, *in verbis*: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.¹⁹²

Acentua o referido autor que se no processo civil é expresso o poder geral de cautela, não há porque não admiti-lo no processo penal. Para ele o direito processual deve ser unitário, devendo compor-se por normas contidas em ambos os ramos. Além disso, o direito processual civil é tecnicamente mais aperfeiçoado, devendo dele ser extraídos a maioria dos princípios gerais do direito processual.¹⁹³

Continua Lima afirmando que ao decretar uma medida cautelar atípica, o juiz pode evitar uma desproporcional decretação de prisão cautelar, adequando a medida ao caso concreto, sob os critérios da necessidade e adequação. Para ele o fundamento do poder geral de cautela no processo penal está previsto na Constituição, na inafastabilidade da jurisdição, bem como no CPC, podendo ser utilizado por analogia no processo penal. Assim, com essa previsão combinada entre o

¹⁹⁰TUCCI, Rogério Lauria, DELMANTO JUNIOR, Roberto, et. al. Sistematização das medidas cautelares Processuais Penais. Revista do Advogado. São Paulo, no. 78, p. 120, Setembro de 2004.

¹⁹¹LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. P. 112 a 127.

¹⁹²BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

¹⁹³LIMA, Op. Cit. p. 112 a 127.

artigo 3º. do CPP e os artigos 798 e 799 do CPC, verifica-se que o juiz, ao decretar medida cautelar atípica, o faz em virtude de lei, mesmo que essa lei seja o CPC.¹⁹⁴

O autor assevera que os mesmos requisitos exigidos para decretação de medidas cautelares típicas deverão ser observados para medidas atípicas. Assim, as medidas devem ser adotadas para assegurar a efetividade e utilidade do processo, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Além disso, a medida deve ser necessária e adequada, configurando-se a justa causa de sua decretação, com o intuito de coibir um poder arbitrário ou coação por parte dos magistrados.¹⁹⁵

Ademais, Lima sustenta que

“a decretação de medidas cautelares atípicas deve se dar em casos excepcionais, pois a restrição de direitos só deve ser admitida em casos de extrema necessidade e na medida correta, na forma do princípio da não-culpabilidade e, obviamente, não se poderá conceder a título cautelar atípica mais do que se alcançaria no processo principal”.¹⁹⁶

Por outro lado, defende o autor que uma vez existente medida cautelar típica adequada e necessária ao caso concreto, não há porque se admitir a decretação de medida inominada.¹⁹⁷

Além disso, o autor defende que o poder geral de cautela só pode exercido pelo juiz quando já há um processo penal em andamento. Sob seu ponto de vista, não cabe decretação de medidas cautelares atípicas durante a investigação criminal, antes da instauração de ação penal, por se tratar de medida excepcional. Além disso, o artigo 798 do CPC que prevê o poder geral de cautela utiliza os termos lide e partes, ficando pressuposto o requisito de um conflito e de uma atuação jurisdicional do juiz no processo.¹⁹⁸

Conclui o doutrinador que se deve evitar a decretação de medida cautelar com base no poder geral de cautela. No entanto, em face da ausência de medidas típicas necessárias e adequadas aos casos concretos, se faz necessário o socorro às cautelares atípicas, visando-se preservar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. O que se observa no cotidiano é que, mesmo quando há ampliação do rol

¹⁹⁴LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 112 a 127.

¹⁹⁵Ibidem. p. 112 a 127.

¹⁹⁶Ibidem. p. 123.

¹⁹⁷Ibidem. p. 123.

¹⁹⁸Ibidem. p. 112 a 127.

de medidas cautelares, “sempre poderá ocorrer que, para determinado caso concreto, se faça necessária uma cautelar específica, já que é impossível que se esgotem todas as hipóteses abstratas imagináveis em previsão legislativa”.¹⁹⁹

Na mesma linha, a favor da aplicação do poder geral de cautela no processo penal, Nogueira da Gama et al. asseveram que

“a instrumentalidade que as medidas cautelares exercem perante o processo de conhecimento é um dos princípios gerais do processo cautelar, sendo própria de ambos os ramos do Direito Processual: o Penal e o Civil”.

Segundo eles, por mais completa e exaustiva que seja a lei, nunca seria possível abarcar todas as circunstâncias específicas dos casos concretos. Assim, o poder geral de cautela deve ser admitido no processo penal e exercido dentro dos limites que cercam a decretação de medidas típicas.²⁰⁰

O processualista civil Lacerda, apud Lima, pontua o papel preventivo do ilícito penal que o poder geral de cautela proporciona. Segundo ele, a analogia do processo civil aplicada ao processo penal é perfeita em razão das situações concretas, especialmente em função da importância dos valores humanos em confronto no processo penal. Cita o autor que “infelizmente, a doutrina processual penal permanece na infância, e o tema fascinante queda inexplorado”.²⁰¹

Também em posicionamento favorável, ALVES defende que:

“seja no crime, seja no cível, sempre que houver uma concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da função soberana de julgar, deve o magistrado servir-se de mecanismos que razoavelmente o habilitem a garantir a sua jurisdição”.

Assim, para o autor, o poder geral de cautela do juiz é um importante instrumento na seara processual penal.²⁰²

Ainda posicionando-se de forma favorável ao instituto, o autor Souza afirma que o poder geral de cautela no âmbito penal é forma de se realizar o direito

¹⁹⁹ LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 127

²⁰⁰ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon et al. Temas de Direito Penal e Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 325 – 327.

²⁰¹ LACERDA, Galeno apud LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. P. 116.

²⁰² ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: PGJ, no. 15, p. 229 – 245, jan-jun, 2002.

material. Para tal, utiliza-se a previsão expressa, de forma análoga, trazida pelo CPC em seu artigo 798, combinando-o com o artigo 3º. do CPP. Continua sua análise afirmando que não há no CPP proibição do poder geral de cautela do juiz. Há sim a autorização, no artigo 3º., da interpretação analógica.²⁰³

Souza continua sua reflexão afirmando que a vedação do poder geral de cautela vai em sentido contrário ao Direito Constitucional e às regras internacionais que tutelam direitos e garantias fundamentais. Isso porque, o legislador, ao fazer a norma, não consegue abarcar todas as situações possíveis e, que, nesse caso poderá ser necessário o uso de cautelares inominadas para tutelar direitos e garantias fundamentais, como a vida, liberdade, pleno exercício de defesa e outros direitos do réu.²⁰⁴

Segundo ele, o rol de medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/11 não contempla todas as hipóteses oriundas dos casos concretos. Por mais que o legislador se esforce para ampliar esse rol, nunca será absolutamente suficiente. O Projeto do Novo CPP que tramita no Legislativo tende a ampliar o rol de medidas e a proibir expressamente o poder geral de cautela. No entanto, isso não será suficiente para garantir a tutela eficaz e a idoneidade da atividade jurisdicional, especialmente pelos crescentes conflitos sociais e a necessidade de segurança.²⁰⁵

O autor continua sua análise afirmando que as mudanças ocorrem tão rapidamente que logo em seguida à aprovação da Lei 12.403/11, o legislador já apresentou o projeto do novo CPP, aumentando a gama de medidas cautelares não contempladas nessa lei, tais como: suspensão da atividade de pessoa jurídica, suspensão da habilitação para dirigir, afastamento do lar ou local de convivência com a vítima em caso de violência doméstica e outras.²⁰⁶

Souza afirma que é necessária uma análise dos princípios que orientam o processo penal, com ênfase nas medidas cautelares. Segundo ele, o processo penal é uma garantia fundamental, prevista constitucionalmente, e o ato processual é que merece preservação e não a sua forma. Para o autor, o uso do poder geral de cautela no processo penal é adequado e não fere o princípio da legalidade. O objetivo

²⁰³SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

²⁰⁴Ibidem.

²⁰⁵Ibidem.

²⁰⁶Ibidem.

primordial do poder geral de cautela é a preservação de garantias fundamentais e ele se consolida como instrumento de defesa de tais garantias.²⁰⁷

O autor faz uma reflexão afirmando que a função dos direitos fundamentais é tanto de defesa, constituindo limites à função do Poder Público, quanto de proteção, visto que o Estado mantém o monopólio do poder jurisdicional. Assim, a função dos direitos fundamentais, bem como sua defesa pelo Estado, trazem o dever de zelar tanto contra excessos do Estado como contra agressões oriundas de outro particular.²⁰⁸

Dessa forma, a vinculação entre os deveres de proteção e a função dos direitos fundamentais, bem como a necessária aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme à Constituição, deduz-se, segundo Souza, que não pode o legislador proibir o poder geral de cautela no processo penal. Isso porque há a impossibilidade de o elaborador da lei prever todas as cautelares necessárias aos casos concretos.²⁰⁹

Souza dispõe que se o legislador proibir o uso do poder geral de cautela no novo CPP, o dispositivo ferirá os princípios da proporcionalidade e da indeclinabilidade da jurisdição. Se assim o for, segundo o autor, o juiz penal não poderá se valer do poder geral de cautela para preservar direitos fundamentais, indisponíveis por natureza e ocorreria uma perda da efetividade dos direitos fundamentais.²¹⁰

Outra justificativa apresentada é a de que a não viabilidade do poder geral de cautela no processo penal feriria o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será subtraída de apreciação do Poder Judiciário. Portanto, uma vez chamado a intervir, o Estado, por meio do Poder Judiciário, deve aplicar o direito ao caso concreto. De nada adiantaria assegurar o acesso à jurisdição e não garantir um processo útil e eficaz.²¹¹

Para o autor, “não há como negar, o poder geral de cautela conferido ao juiz e as medidas cautelares atípicas são imanentes aos princípios da eficiência, da efetividade e da inafastabilidade da jurisdição”.²¹²

²⁰⁷SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

²⁰⁸Ibidem.

²⁰⁹Ibidem.

²¹⁰Ibidem.

²¹¹Ibidem.

²¹²Ibidem.

Souza cita a Lei Maria da Penha, Lei 11.340/06, que autoriza expressamente o uso do poder geral de cautela do juiz para decretação de medidas cautelares atípicas protetivas. O artigo 22 elenca um rol exemplificativo de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, mas deixa a possibilidade de o juiz decretar medida atípica, desde que se mostrem necessárias, adequadas e suficientes.²¹³

Assim, conclui Souza que o poder geral de cautela deve ser aplicado no processo penal, em analogia ao processo civil, garantindo-se os princípios da legalidade, da eficiência, da efetividade e da inafastabilidade da jurisdição.²¹⁴

4.2 Posicionamento Jurisprudencial

A presente pesquisa se preocupou também em apresentar um apanhado da jurisprudência dada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ acerca da possibilidade do uso do poder geral de cautela no processo penal. Para tanto, realizou-se pesquisa jurisprudencial no site do STJ. O foco na jurisprudência do referido Tribunal se deu, pois é sabido tratar-se de Tribunal uniformizador da jurisprudência nacional sobre matérias de leis federais, tais como o CPP e o CPC.

A pesquisa jurisprudencial foi realizada no site do STJ, esgotando-se os acórdãos proferidos acerca do tema da presente pesquisa. Trata-se de uma representação do estado da arte do posicionamento jurisprudencial disponível sobre poder geral de cautela no processo penal disponível para consulta na página virtual do Egrégio Tribunal.

Ao se realizar a pesquisa percebeu-se que, assim como a doutrina, a jurisprudência do STJ não tem se demonstrado unânime. Há posicionamentos favoráveis e outros contrários à possibilidade do uso do poder geral de cautela pelo juiz criminal, tanto antes da edição da Lei 11.403/11 quanto depois. A seguir estão descritos diversos entendimentos jurisprudenciais do STJ acerca do tema.

4.2.1 Posicionamento Jurisprudencial Favorável

²¹³ SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

²¹⁴ Ibidem.

O Recurso em *Habeas Corpus* no. 20.124 – RJ, proferido antes da edição da Lei 12.403/11, foi favorável ao uso do poder geral de cautela. *In verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGOS 4º, 16, E 22, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 1º, I, DA LEI Nº 7.492/98. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES. POSSIBILIDADE.

I - Ainda que reconhecida a ausência de fundamentos concretos para a manutenção da custódia cautelar, é possível ao magistrado, com base no poder geral de cautela disposto no art. 798 do CPC c/c art. 3º do CPP, condicionar a revogação do decreto de prisão preventiva a exigências concretamente pertinentes (Precedentes).

II - Dessa forma, o condicionamento da revogação da custódia cautelar ao comparecimento quinzenal do acusado ao juízo para assinatura de termo, ao acautelamento do passaporte e à proibição de viagens ao exterior não constituem, no presente caso, constrangimento ilegal.

III - Cumpre destacar que em recente decisão liminar o e. Min. Marco Aurélio, do Pretório Excelso, determinou revogação de prisão preventiva com as ressalvas de que "o paciente deverá permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais, e proceder ao depósito do passaporte. Viagem ao exterior ficará na dependência de autorização judicial". (HC 92308/RS, DJ de 13.10.07)

Recurso ordinário desprovido.²¹⁵

Assim, no caso concreto os Ministros da Quinta Turma, por unanimidade, concordaram que a imposição de medidas cautelares menos gravosas que a prisão preventiva, ainda que não previstas em lei, podem ser aplicadas no processo penal. Isso em função da conjugação do artigo 3º. do CPP, que autoriza a analogia, com o artigo 798 do CPC, que prevê o poder geral de cautela. Segundo o Ministro Relator Felix Fischer, em seu voto, o réu já havia foragido e “se a condição de foragido não era suficiente para decretação da preventiva, ela permite que seja considerada como fundamento para algumas cautelares menores em relação ao mesmo réu”. Assim, foram mantidas as seguintes medidas atípicas decretadas em desfavor do réu: proibição de se ausentar do país sem autorização, o recolhimento do passaporte e obrigatoriedade do comparecimento a todos os atos do processo e quinzenalmente para assinatura de termo.

Também favorável, a decisão proferida no *Habeas Corpus* No. 102.859 –PE, ordenou a revogação da prisão preventiva do paciente, impondo como condição para tal uma medida cautelar atípica à época da decisão. *In verbis*:

²¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RHC No. 20.124 – RJ. Relator: Ministro Felix Fischer, 2006. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=20124&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>Consultadoem: 08/09/2014.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS. RÉ QUE PERMANECEU SOLTA DURANTE TODO O PROCESSO. INALTERABILIDADE DE SUA SITUAÇÃO COM A SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO COM O PAÍS. INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA COM A CONDIÇÃO DE ASSINATURA DE TERMO PELA PACIENTE, COMPROMETENDO-SE A COMPARECER EM JUÍZO TODAS AS VEZES QUE FOR INTIMADA A FAZÊ-LO, SEM A POSSIBILIDADE DE AUSENTAR-SE DO PAÍS. EXPEDIDO ALVARÁ DE SOLTURA CLAUSULADO.

1. Hipótese em que a paciente, embora brasileira, reside no exterior e responde a processo criminal no Brasil, tendo obtido da autoridade judicial a devolução de seu passaporte e o direito de ausentar-se do país. Com a superveniência da sentença condenatória, foi conduzida ao cárcere sob a alegação de que obstaculizaria a aplicação da lei penal, tão-somente porque não possui vínculo com o distrito da culpa.
2. Havendo a paciente permanecido solta durante todo o processo, sem alteração fática que recomende a prisão cautelar, assim deve permanecer durante o eventual processamento de recursos. Precedentes do STF e do STJ.
3. Salvo a prisão em flagrante delito, qualquer outra modalidade de prisão cautelar deve ser motivada com base nos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de antecipação da sanção penal, o que afronta diretamente o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.
4. Ordem concedida à paciente, com a condição de assinatura de termo, em que fica obrigada a comparecer em juízo todas as vezes em que for intimada a fazê-lo, sem a possibilidade de se ausentar do país. Expedido alvará de soltura clausulado.²¹⁶

Assim, apesar de não ter citado o termo poder geral de cautela, de forma expressa, o presente acórdão impôs medidas cautelares atípicas embasando-se na possibilidade de uso do instituto pelo magistrado no processo penal.

Outra jurisprudência favorável foi a proferida no *Habeas Corpus* no. 106.839 – AM. *In verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE MOEDA FALSA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE CONCEDIDO PELO TRIBUNAL A QUO, MEDIANTE RETENÇÃO DO PASSAPORTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA MEDIDA. RÉU COM FORTES VÍNCULOS NO DISTRITO DA CULPA, QUE VIAJOU AO EXTERIOR DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, E NÃO DEMONSTRA INTENÇÃO DE SE FURTAR À

²¹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 102.859 – PE. Relatora: Ministra Jane Silva, 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=102859&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultadoem: 08/09/2014.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A imposição de condições para a concessão do benefício da liberdade provisória ou para a revogação de prisão preventiva, embora não ofenda os princípios da presunção de inocência e da reserva legal, demanda devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela, à luz do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.
2. A retenção do passaporte do Paciente, determinada pelo acórdão impugnado para permitir-lhe o apelo em liberdade, além de carecer de fundamentação concreta sobre sua necessidade, não encontra respaldo nas peculiaridades do caso concreto, mormente por se tratar de condenado que viajou ao exterior durante a instrução criminal, sem criar qualquer obstáculo à marcha regular do processo e nem foi demonstrado que pretende se furtar à aplicação da lei penal.
3. Habeas corpus concedido para que seja restituído ao Paciente o passaporte reclamado.²¹⁷

A referida decisão, apesar de ter determinada a devolução do passaporte retido do paciente, afirmou que a decretação de medidas atípicas não ferem os princípios da legalidade e da presunção de não culpabilidade. O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido fez ponderação, afirmando que,

“mesmo não havendo previsão legal expressa na norma processual penal atual, o poder geral de cautela, autorizador de medidas como tais, é inerente à própria atividade jurisdicional, como forma de garantir a instrução criminal e a própria aplicação da lei penal”.

Assim, segundo ele, o juiz, dentro de seu prudente arbítrio e amparado pelos artigos 798 do CPC e 3º. do CPP, pode impor condições ao réu para revogação da prisão preventiva. Diante disso, o Ministro demonstra em seu voto que a medida de retenção do passaporte, à época, medida atípica, se mostra adequada e suficiente ao caso.²¹⁸

Na sequência, o STJ, proferiu decisão no julgamento do *Habeas Corpus* no. 114.734 – ES, posicionando-se de forma favorável ao uso do poder geral de cautela no processo penal, apesar de, especificamente no caso concreto, ter revogado a medida atípica imposta, por falta de razoabilidade e proporcionalidade da medida. *In verbis*:

²¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 106.839 – AM. Relatora: Ministra Lurita Vaz, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=106839&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultado em: 08/09/2014.

²¹⁸Ibidem.

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Embora possível a aplicação de medidas cautelares como condicionantes à revogação de custódia antecipada, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, arts. 798 do CPC c.c. art. 3º do CPP, estas devem observar critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

2. Impostas as medidas de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor e restritiva de direitos consistente em deixar de residir e/ou transitar no local dos fatos, revela-se evidenciado o constrangimento se estas perduram por quase dois anos, além do que já se encerrou a instrução processual.

3. Habeas corpus concedido.²¹⁹

No voto proferido o Ministro Relator Paulo Gallotti disse ser possível a decretação de medidas atípicas, com fundamento no poder geral de cautela do magistrado, especificamente com base nos artigos 798 do CPC e 3º. do CPP, desde que observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, ao se analisar o caso concreto o Ministro votou pela revogação das medidas atípicas impostas ao paciente, por falta de razoabilidade e proporcionalidade das medidas.²²⁰

Em seguida, observa-se a decisão no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* no. 24.618 – SP, proferida em outubro de 2012, segundo a qual o poder geral de cautela do magistrado pode ser usado no processo penal. Assim como no caso anterior, apesar do reconhecimento da possibilidade da decretação de medidas atípicas, a medida em questão foi revogada, por ausência de razoabilidade. *In verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS .
APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA, QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E
SONEGAÇÃO FISCAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO
PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO
APRECIADA NA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE
INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. LIBERDADE
PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO TRIBUNAL A QUO ,
MEDIANTE FIANÇA E CONDIÇÕES. EXCESSO DE CAUTELA.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO. AUTOS
CONCLUSOS PARA SENTENÇA. SÚMULA N.º 52 DO

²¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 114.734 – ES. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 2009. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=114734&&b=ACOR&p=true&t=JURIDI CO&l=10&i=1>>Consultado em: 09/09/2014.

²²⁰Ibidem.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. A Corte a quo não conheceu do habeas corpus originário, no tocante à legalidade da custódia cautelar, tendo em vista que a matéria já teria sido objeto de análise quando da impetração de outro writ na origem. Contudo, mencionada impetração foi extinta sem julgamento do mérito em atendimento à pedido do próprio Impetrante.
2. A instância inferior deixou de se manifestar sobre a legalidade da constrição cautelar decretada em desfavor do Recorrente, enquanto o recurso ordinário está completamente dissociado dos fundamentos utilizados pelo acórdão recorrido para não conhecer da ordem, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça na via recursal.
3. Embora a imposição de condições para a concessão do benefício da liberdade provisória não ofenda os princípios da presunção de inocência e da reserva legal, deve-se observar certa razoabilidade ao determinar restrições ao direito de ir e vir do réu em processo penal.
4. Não há que se falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo quando o réu se encontra em liberdade. Ademais, o presente feito se encontra concluso para sentença, encerrado, assim, o sumário de culpa. Aplicação do enunciado da Súmula n. 52 desta Corte Superior.
5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e provido para afastar as exigências anteriormente impostas ao Recorrente, estabelecendo como novas condições o comparecimento a todos os atos do processo e não mudar de residência ou se ausentar do distrito da culpa, sem prévia permissão do Juízo processante.²²¹

Assim, observa-se no voto da Ministra Laurita Vaz, relatora, a afirmação de que a jurisprudência dos Tribunais Superiores concorda que a imposição de medidas atípicas como condições para o benefício da liberdade provisória ou da revogação da prisão preventiva não fere os princípios da presunção de inocência e da reserva legal. Verifica-se, portanto, que quando proferido o julgamento, já que a lei processual penal previa apenas o binômio prisão preventiva – liberdade provisória, a jurisprudência aceitava o uso do poder geral de cautela do magistrado para decretação de medidas cautelares inominadas, como condições para a revogação da prisão ou a concessão da liberdade provisória. No entanto, continua a relatora afirmando que “deve existir razoabilidade nas restrições ao direito de ir e vir do réu em processo penal, com a devida fundamentação que justifique a necessidade da cautela”. No caso em concreto, o voto foi no sentido da revogação das medidas atípicas aplicadas pelo Tribunal a quo, por falta de razoabilidade, com a decretação de novas medidas atípicas: “o comparecimento do recorrente a todos os atos do processo e a não mudança de

²²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RHC No. 24.618 – SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=24618&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>Consultadoem: 09/09/2014.

residência ou ausência do distrito da culpa, sem prévia permissão do juízo processante”, como forma de se garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal.²²²

Por fim, ainda posicionando-se de forma favorável, o STJ proferiu acórdão, em dezembro de 2012, ou seja, após a edição da Lei 12.403/11 que ampliou o rol de medidas cautelares, no *Habeas Corpus* no. 192.193 – DF. *In verbis*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS: VIA PROCESSUAL ADEQUADA PARA QUE SE AVALIE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO ACAUTELAMENTO DE PASSAPORTE DE INVESTIGADOS OU CONDENADOS PENALMENTE. ENTREGA DO PASSAPORTE: DETERMINAÇÃO LEGÍTIMA NA HIPÓTESE DE PACIENTE QUE NÃO É NACIONAL BRASILEIRO, PRESO JUSTAMENTE AO TENTAR DEIXAR O PAÍS. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Contudo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

3. O remédio constitucional do habeas corpus é via processual adequada para que se avalie constrangimento ilegal no acautelamento de passaporte de investigados ou condenados penalmente. Precedentes.

4. Desde antes da edição da Lei n.º 12.403/2011 reputava-se legítimo que o Julgador determinasse a entrega do Passaporte, com fundamento no poder geral de cautela, a ser invocado quando necessário – como no caso, em que o Paciente não é nacional brasileiro, e foi preso justamente ao tentar deixar o país.

²²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RHC No. 24.618 – SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=24618&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>Consultado em: 09/09/2014.

5. Mencione-se, ad argumentandum , que essa possibilidade, hoje, após a edição da referida Lei, inclusive encontra-se expressamente positivada no direito Pátrio (Art. 320 do Código de Processo Penal).
6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício.
7. Habeas corpus não conhecido.²²³

Assim, ao se analisar a presente decisão, observa-se que a Relatora Ministra Laurita Vaz afirmou que a retenção do passaporte realizada como medida cautelar no processo penal não configura constrangimento ilegal. Mencionou a Ministra que a decretação de medidas cautelares inominadas, desde que necessárias, são cabíveis seja antes ou depois da edição da Lei 12.403/11. Segundo ela é legítimo que o magistrado determine medida atípica com fundamento no poder geral de cautela. Vale ressaltar que na época da decretação da medida de retenção do passaporte não havia previsão legal expressa, que foi incluída no artigo 320 do CPP, pela Lei 12.403/11.²²⁴

4.2.1 Posicionamento Jurisprudencial Contrário

Ademais, assim como há diversas decisões proferidas pelo STJ em sentido favorável ao uso do poder geral de cautela no processo penal, há também outras tantas contrárias. Percebe-se que, assim como ocorreu nas favoráveis, há decisões contrárias tanto antes como depois da edição da Lei 12.403 / 11. Passa-se a seguir a apresentar diversos julgados sobre o tema.

Em agosto de 2008 o STJ posicionou-se em decisão do *Habeas Corpus* no. 103.394 – RN de forma contrária à aplicação do instituto em estudo:

PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. IMPOSIÇÃO. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. VIAGEM. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. FUGA. MERA CONJETURA. DIREITO DE IR E VIR. RESTRIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EVIDENCIADO.

1. Se o Juiz de primeiro grau entendeu que não havia como manter a prisão preventiva do indiciado, por conseguinte, não há como reter o

²²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 192.193 – DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2012. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=192193&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultado em: 09/09/2014.

²²⁴Ibidem.

passaporte de cidadão estrangeiro, notadamente por tempo indeterminado, ante a ausência de previsão legal.

2. A medida constritiva de retenção de passaporte imposta com base em mera conjectura caracteriza injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, direito garantido constitucionalmente.

3. Ordem concedida para determinar a restituição do passaporte e afastar a exigência de autorização judicial para viagem ao exterior, mediante compromisso do paciente de comparecer aos atos relativos à elucidação dos fatos delituosos.²²⁵

Assim, verifica-se na decisão citada que a medida cautelar atípica de retenção de passaporte, decretada como condição para revogação da prisão preventiva, por falta de previsão legal, foi considerada como injustificada restrição à liberdade de ir e vir do paciente, esbarrando-se no princípio constitucional da legalidade.

Em 2009, o STJ proferiu decisão no *Habeas Corpus* no. 135.183 – RJ, posicionando-se pela inviabilidade do uso do poder geral de cautela em sede processual penal. *In verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 297, 299, 304, 342 E 288, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DO DECRETO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM CONDICIONADA AO ACAUTELAMENTO DAS CARTEIRAS DA OAB. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Inexiste previsão legal sobre a possibilidade de revogação do cárcere provisório mediante a retenção de documentos. 2. In casu, determinado pelo Tribunal de origem, por ocasião da revogação da prisão preventiva decretada, o acautelamento das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pertencentes aos pacientes, configura-se em evidente constrangimento ilegal. 3. Ordem concedida a fim de determinar que o Juízo da origem proceda a devolução das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil pertencentes aos pacientes.²²⁶

O presente acórdão considerou que a decretação de medida cautelar atípica configura constrangimento ilegal. O voto da Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi no sentido da revogação da medida cautelar atípica decretada como condição para revogação da prisão preventiva decretada em desfavor dos pacientes. A medida atípica era a entrega das carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil, pois os

²²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 103.394 – RN. Relator: Ministro Og Fernandes, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=103.394&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultadoem: 11/09/2014.

²²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 135.183 – RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=135183&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultadoem: 11/09/2014.

supostos crimes imputados a eles eram no exercício da advocacia. A Ministra ressaltou que em função do princípio da legalidade, ninguém pode ser obrigado a fazer algo se essa determinação não está na lei. Segundo a Relatora “o Tribunal a quo procurou fundamentar o decisum na necessidade da proibição ao exercício da advocacia ante aos delitos imputados, o que transcende ao princípio da legalidade”.²²⁷

Adiante, o STJ proferiu acórdão no HC 128.599 – PR, em outubro de 2010, posicionando-se contrariamente à aplicação do poder geral de cautela no processo penal para decretação de medidas inominadas. *In verbis*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.
2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.
3. Ordem concedida para revogar a providência do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.a Vara Federal de Ponta Grossa/PR.²²⁸

Tal decisum posicionou-se de forma contrária por entender que o poder geral de cautela no processo penal, para fins restritivos, fere os princípios constitucionais da legalidade e da não culpabilidade. Segundo a Ministra Relatora, “para fins de limitação de direitos, ainda mais no seio do processo penal, iluminado pelo princípio da presunção de inocência, é imperioso o respeito à legalidade estrita”. Continua em seu voto afirmando que o poder geral de cautela no processo penal é inaceitável. Diante disso, a turma concedeu a ordem de *Habeas Corpus*, por

²²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 135.183 – RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=135183&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultadoem: 11/09/2014.

²²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 128.599 – PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=128599&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>Consultadoem: 12/09/2014.

unanimidade, no sentido de se revogar a medida de afastamento do cargo, como condição imposta para a revogação da prisão preventiva do paciente.²²⁹

No mesmo sentido, foi o posicionamento da Sexta Turma do STJ ao decidir o *Habeas Corpus* No. 139.235 – GO. Para os Ministros, o uso do poder geral de cautela no processo penal esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência, conforme se confere na ementa apresentada a seguir:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. LIBERDADE CONDICIONADA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DO PAÍS. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para se restringir o direito do indivíduo, necessária se faz a normatização da medida, não cabendo ao julgador, com espreque no poder geral de cautela, cominá-la ao seu talante, em atenção aos princípios da presunção da inocência e da legalidade.

2. A posterior Lei n.o 12.403/11 elencou algumas medidas cautelares pessoais passíveis de aplicação pelo magistrado; dentre as quais, a proibição de ausentar-se do País, com a retenção do passaporte.

3. In casu , não se determinou a entrega do passaporte, apenas a inviabilidade da acusada e do corréu de ausentarem-se do País, oficiando-se às autoridades competentes.

4. De se notar que a condição imposta para a liberdade decorre do termo de compromisso aceito pela paciente, no qual se compromete a comparecer a todos os atos processuais, estando a medida aplicada em consonância com o ordenamento jurídico vigente à época.

5. Estipulada a proibição de afastar-se do distrito da culpa para os delitos afiançáveis - artigo 328 do Estatuto Processual Repressivo -, com mais propriedade deve ser imposto para os crimes inafiançáveis.

6. Ordem denegada.²³⁰

Por fim, verifica-se em decisão proferida pela Quinta Turma do STJ em 2013, no *Habeas Corpus* 222.298 – SE, posicionamento contrário ao poder geral de cautela no processo penal por ferir o princípio da legalidade, especialmente quando a medida atípica restringe a liberdade do agente. *In verbis*:

HABEAS CORPUS . IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

²²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 128.599 – PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=128599&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>Consultado em: 12/09/2014.

²³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 139.235 – GO. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=139235&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultado em: 12/09/2014.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO PELA CORTE ORIGINÁRIA. CRIME COMETIDO CONTRA A ESPOSA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DE CASA, EXCETO PARA O TRABALHO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DOS JUÍZES CRIMINAIS PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE DA CAUTELAR ATÍPICA. SUFICIÊNCIA DAS DEMAIS RESTRIÇÕES IMPOSTAS. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As medidas protetivas de urgência, assim como as cautelares diversas da prisão, quando afetarem o status libertatis, obrigatoriamente devem observar o princípio da legalidade.

2. A cumulação de providências cautelares deve sempre atentar para o binômio proporcionalidade e adequação, aqui incluída a necessidade da medida restritiva à liberdade.

3. O juiz criminal não é dotado de poder geral de cautela para fins restritivos, tendo em vista os estritos limites da legalidade penal e o princípio da presunção de não-culpabilidade.

4. Verificando-se que as demais medidas impostas pela Corte originária em substituição à prisão se mostram suficientes para os fins a que se propõem e que visam alcançar– garantir a segurança da vítima e evitar novas investidas violentas por parte do agente –, mostra-se flagrantemente ilegal e desproporcional a aplicação de medida não expressamente prevista no ordenamento jurídico, como a que proibiu o paciente de sair de casa, exceto para trabalhar.

5. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se a ordem de ofício, para afastar a medida protetiva de proibição de sair de casa, exceto para o trabalho.²³¹

Em seu voto, o Relator Excelentíssimo Ministro Jorge Mussi defendeu que o poder geral de cautela não pode ser usado no processo penal para decretação de medidas cautelares atípicas, especificamente quando tais medidas restringirem a liberdade daquele que se submete a elas. O Ministro posiciona-se contrário, inclusive, ao uso do poder geral de cautela autorizado no artigo 22 da Lei 11.340/06, conhecida

²³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 222.298 – SE. Relator: Ministro Jorge Mussi, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=222298&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultado em: 12/09/2014.

como Lei Maria da Penha. Segundo ele, quando as medidas atípicas “afetarem o status libertatis, devem, assim, como as cautelares diversas, estabelecidas no art. 319 e outros do CPP, obrigatoriamente observar o princípio da legalidade”. Para ele, o juiz criminal não é dotado de poder geral de cautela para fins restritivos, tendo em vista os limites estritos da legalidade penal. Para ele, as medidas típicas arroladas na Lei Maria da Penha se “mostram suficientes para os fins a que se propõem e que visam alcançar – garantir a segurança da vítima e evitar novas investidas violentas por parte do agente”.. Enfatiza ainda em seu voto a importância de se observar, para decretar medidas cautelares, o binômio proporcionalidade e adequação, incluindo-se aqui a análise da necessidade da medida.²³²

²³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 222.298 – SE. Relator: Ministro Jorge Mussi, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=222298&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>Consultado em: 12/09/2014.

CONCLUSÃO

Observa-se, diante de tudo o que foi exposto, que o tema analisado pela presente pesquisa tem sido objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Diante da omissão do Código de Processo Penal em permitir ou proibir expressamente o uso do poder geral de cautela pelo juiz criminal doutrinadores e a jurisprudência tem se posicionado sem consenso.

Doutrinariamente, foram explorados 10 autores, sendo a metade deles favorável ao uso do poder geral de cautela pelo juiz criminal e a outra metade contrário. Os principais argumentos trazidos por aqueles que são favoráveis foram:

1- O poder geral de cautela pode ser usado no processo penal aplicando-se por analogia, prevista no artigo 3º. do CPP, o artigo 798 do CPC, sendo aqui residente a observância ao princípio da legalidade;

2- Por mais completa e exaustiva que seja a lei que prevê as medidas típicas, ela nunca conseguirá abarcar todas as circunstâncias específicas dos casos concretos;

3- O objetivo do poder geral de cautela é a preservação de garantias fundamentais ele se consolida como instrumento de defesa dessas garantias;

4- A proibição do poder geral de cautela na seara processual penal seria contrária ao Direito Constitucional, ferindo os princípios da legalidade, eficiência, proporcionalidade e da inafastabilidade da jurisdição.

Por outro lado, os doutrinadores contrários arguem o seguinte:

1- O uso do poder geral de cautela no processo penal fere o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei;

2- A forma no processo penal é limite do poder estatal e garantia ao réu ou investigado, não se admitindo no Estado Democrático de Direito restrição de direito fundamental mediante analogia;

3- A decretação de medidas cautelares atípicas no processo penal viola o princípio da não culpabilidade;

4- Desrespeita a garantia constitucional do devido processo legal.

Ademais, ao se analisar a jurisprudência sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça, também verificou-se divergências. Dos 11 julgados analisados, 6 foram favoráveis à aplicação do poder geral de cautela no processo penal e 5 contrários.

Aqueles favoráveis arguíram, principalmente, que é possível a aplicação do instituto pela conjugação entre o artigo 3º. do CPP, que prevê a possibilidade do uso de analogia, com o artigo 798 do CPC, que assenta a previsão legal do poder geral de cautela do juiz. Assim, segundo esse entendimento, a decretação de medidas atípicas não fere os princípios da legalidade e nem o da não culpabilidade, sendo o poder geral de cautela inerente à própria atividade jurisdicional, como forma de se garantir a eficácia e eficiência da instrução e do processo criminal, bem como assegurar a aplicação da lei penal.

Já os posicionamentos contrários afirmam principalmente que o uso do poder geral de cautela no processo penal fere o princípio da legalidade, definindo que a decretação de medida inominada é constrangimento ilegal. Além disso, alegam que o poder geral de cautela do juiz criminal esbarra no princípio da presunção de inocência, pois limita o direito de ir e vir do réu ou acusado antes de condenação definitiva.

Dessa forma, confere-se que há argumentos plausíveis tanto no sentido favorável como contrário do uso do poder geral de cautela no processo penal. No entanto, frente ao Estado Democrático de Direito, no qual se intitula o Brasil, faz-se necessária a busca de um equilíbrio entre o respeito aos direitos fundamentais e a eficiência estatal, traduzida na eficácia e utilidade do processo, respeitando-se especialmente o importante princípio balizador das decisões, qual seja o princípio da proporcionalidade.

Assim, ao se analisar os diversos posicionamentos e argumentos, entende-se que é possível a decretação de medidas cautelares atípicas, naquelas situações em que as medidas nominadas não são eficazes e desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, serão evitadas prisões preventivas desnecessárias e oferecidas ao acusados ou investigados a benesse de não serem detidos.

Nesse contexto, conclui-se que não há constrangimento ilegal no uso do poder geral de cautela do processo penal, pois como demonstrado trata-se de instituto previsto em lei, qual seja, o Código de Processo Civil. Além disso, o Código de Processo Penal permite, em seu artigo 3º., o uso de analogia quando esse for omissivo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro: PGJ, no. 15, p. 229 – 245, jan-jun, 2002.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 71 a 82.

BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2^a. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BIANCHINI, Alice, et. al.; Coordenação Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. Revista do Advogado. São Paulo: Ano XXXI, setembro de 2011, no. 113. P. 112 a 121.

BRASIL. Portal Atividade Legislativa, Projetos e Matérias Legislativas – Projeto de Lei da Câmara, nº 111 de 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=86394> Acesso em 02 de abril de 2014.

BRASIL. Portal Câmara Legislativa – Projeto de Lei No. 4.208 de 2001. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CBEFADF727F139A399435F690CCBA38.node2?codteor=773516&filename=Tramitacao-PL+4208/2001> Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL. Portal Câmara Legislativa – Portaria nº 61 de 20 de janeiro 2000. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8CBEFADF727F139A399435F690CCBA38.node2?codteor=773516&filename=Tramitacao-PL+4208/2001> Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Civil*.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição Federal*.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Consultado em 31 de julho de 2014.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus no. 103.394 / RN. Brasília, DF, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+103.394&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Consultado em: 04/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 102.859 – PE. Relatora: Ministra Jane Silva, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=102859&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 08/09/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 103.394 – RN. Relator: Ministro Og Fernandes, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=103.394&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 11/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 106.839 – AM. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=106839&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 08/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 114.734 – ES. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=114734&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 09/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 128.599 – PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=128599&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>> Consultado em: 12/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 135.183 – RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=135183&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 11/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 139.235 – GO. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=139235&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 12/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 192.193 – DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=192193&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 09/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. HC No. 222.298 – SE. Relator: Ministro Jorge Mussi, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=222298&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>> Consultado em: 12/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RHC No. 20.124 – RJ. Relator: Ministro Felix Fischer, 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=20124&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Consultado em: 08/09/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. RHC No. 24.618 – SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=24618&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>> Consultado em: 09/09/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS No. 95.009-4 / SP, Brasília – DF, 06 nov. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570249> Acessado em: 08 de setembro de 2013.

CALAMANDREI, Piero apud LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Processual Penal. Vol 1. Coimbra, Editora Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol III, 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Hugo Garcez. O processo penal no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3792, 18 nov. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25876> . Acesso em: 16 maio 2014.

FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 6ª. ed. Revista dos Tribunais Ltda. São Paulo: 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 9^a. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988. Forense Universitária. São Paulo: 1990.

LACERDA, Galeno apud LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. Ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. 2a. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

LISBOA, Leopoldo Grecco; BARREIROS, Leonardo Valente. *Revista Escola Superior do Ministério Público*, 24/10/2012. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/52/33>. Acesso em 02/04/2014.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. V.2.

LOPES JUNIOR, Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403 / 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

MARINS, Victor Alberto Azi Bonfim. Tutela Cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007

MARTINS, Victor Alberto Azi Bomfim. Tutela cautelar: Teoria Geral e Poder Geral de Cautela. 2a. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 18a. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon et al. Temas de Direito Penal e Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal;. 8ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 14^a. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P.1 a 5.
 PASSOS, Jose Joaquim Clamon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003

RAMIREZ, Jorge Orlando apud ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 5.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica) - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1maio2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/195>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

Relatório analítico do Sistema Prisional Brasileiro. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 20/04/2014

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidade y derechos fundamental senel Processo Penal. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Amaury. SANTOS, Felipe Miranda dos. Liberdade provisória e outras medidas cautelares. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais. V. 798, p. 27 a 31.

SOUZA, José Nilton Costa de. Constituição e Processo Penal: o Poder Geral de Cautela como corolário do Processo Penal eficaz. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/15/constituicao-e-processo-penal-o-poder-geral-de-cautela-como-corolario-do-processo-penal-eficaz-jose-nilton-costa-de-souza/> Acesso em: 07 set. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 46a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24a. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria, DELMANTO JUNIOR, Roberto, et. al. Sistematização das medidas cautelares Processuais Penais. Revista do Advogado. São Paulo, no. 78, p. 120, Setembro de 2004.